Université de Montpellier. — Faculté de Droit

RES RECEPTA

Essai
sur le principe du rapport obligatoire
en matière de *Receptum*

***

THÈSE

pour le Doctorat (ès sciences juridiques)

par

Henri VINCENT

AVOCAT A LA COUR DE NIMES
LAURÉAT DES FACULTÉS DE DROIT DE MONTPELLIER ET DE PARIS
ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT
ANCIEN ÉLÈVE DE L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES

MONTPELLIER
IMPRIMERIE « L'ABEILLE » (Coopérative Ouvrière)
14, Avenue de Toulouse. — Téléphone : 8-78

1920

RES RECEPTA

Université de Montpellier. — Faculté de Droit

RES RECEPTA

Essai
sur le principe du rapport obligatoire
en matière de *Receptum*

THÈSE

pour le Doctorat (ès sciences juridiques)

par

Henri VINCENT

AVOCAT A LA COUR DE NIMES

LAURÉAT DES FACULTÉS DE DROIT DE MONTPELLIER ET DE PARIS

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

ANCIEN ÉLÈVE DE L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES

BIBLIOTHEEK RIJKS UNIV. LEIDEN

MONTPELLIER

IMPRIMERIE « L'ABEILLE » (Coopérative Ouvrière)

14, Avenue de Toulouse. — Téléphone : 8-78

1920

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. CHARMONT, professeur de Droit civil.

CHAUSSE, professeur de Droit romain.

VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

MOYE, professeur de Droit international public.

MORIN, professeur de Droit civil.

DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel (suppléé).

ROCHE-AGUSSOL, agrégé d'Économie politique.

DE NESMES DESMARETS, agrégé de Droit administratif.

PETOT, chargé de cours de Droit romain.

BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.

VIGIÉ, doyen honoraire.

LABORDE, professeur honoraire.

ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. VALÉRY, *Président.*
MORIN
PETOT } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

La recherche sur le *receptum*, dont l'exposition et les résultats font l'objet de la présente étude, ne fut pas tout d'abord entreprise comme telle ; et c'est ce qui explique la direction un peu spéciale que l'on a été conduit à lui imprimer. Elle se rattachait originairement à une investigation plus large et plus imprécise sur le rôle de la volonté, à Rome, dans la formation de la règle de droit et celle de l'obligation. Il nous était apparu, à la lecture de certains textes sur la vente et sur le louage, que ce rôle était peut-être plus modeste encore qu'on ne le croirait à premier abord. Le désir de contrôler cette impression nous conduisit à nous demander si dans d'autres domaines, celui du *receptum*, par exemple, la règle « *Ex nudo pacto...* » avait subi de véritables dérogations.

Or l'examen des divers *recepta* vient très nettement confirmer notre impression primitive. Il nous sembla que, dans ces opérations, le rapport de droit

résultait beaucoup moins de la volonté des parties à l'acte, que d'un élément extrinsèque : une *res*, remise par le futur débiteur au futur créancier. Et cette analyse présentait, à certains égards, les caractères d'une synthèse : car la notion de *res* permettait de faire des trois *recepta* de l'Edit les diverses manifestations d'une même idée juridique. C'est cette idée que l'on envisagera tour à tour dans la simplicité de son principe et dans la variété de ses réalisations.

Mais il est un autre aspect de notre sujet, dont il convient d'autant plus de dire un mot dans ces lignes introductives, que nous l'avons négligé en apparence dans notre exposition méthodique, quoiqu'il soit resté, durant notre recherche, au premier plan de nos préoccupations : aspect qui résulte de sa liaison à un problème beaucoup plus vaste et d'importance très actuelle : celui de l'individualisme, de la valeur de l'idée de contrat comme concept figuratif de l'activité juridique. Les conclusions de notre travail nous ont rapproché des doctrines qui dénient à l'idée de contrat ce caractère prépondérant. Nous voudrions qu'à cet égard notre étude ne parût point trop indigne de la pensée philosophique qui l'a partiellement mais certainement inspirée : celle de notre professeur M. G. Morin, telle qu'elle s'est exprimée dans un article récent de la Revue de métaphysique et de morale (1).

(1) G. Morin. — *L'individualisme de la Révolution française et du Code civil et la structure nouvelle de la vie économique*, in *Revue de métaph. et de mor.*, 24 (1917), p. 517 s.

Il nous plairait également que nos autres maîtres de Montpellier et de Paris — et parmi eux nous citerons seulement M. le professeur Valéry, qui voulut bien assumer la direction de cette thèse, MM. les professeurs P.-F. Girard, Bridrey et Perrot, qui nous prodiguèrent si souvent les conseils et les indications — pussent trouver dans notre travail l'application de leurs méthodes et les traces de leurs enseignements. Nous serions heureux si nous avions pu leur donner ainsi un témoignage de notre attachement et de notre respectueuse reconnaissance.

15 janvier 1920.

BIBLIOGRAPHIE

I. Sources

Corpus juris civilis, ed. stereotypa duodecima : I. *Institutiones* recognovit P. Krueger ; *Digesta*, recognovit Th. Mommsen ; II. *Codex*, recognovit P. Krueger ; III. *Novellae*, recognovit R. Schoell, absolvit G. Kroll, 3 vol. in-8°. 1906-1911.

Digesta Justiniani Augusti recognovit, adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero, Th. Mommsen. 2 vol. in-8°, 1870.

Girard (P.-F.). — Textes de droit romain, 4e éd. 1 vol. in-8°, 1913 (= Girard, *Textes* 4).

Gai *Institutiones ad Codicis Veronensis apographum studemundianum novis curis auctum* ediderunt Paulus Krueger et Guilelmus Studemund. 4e éd., 1 vol. in-8°, 1900.

Lenel. — *Palingenesia juris civilis*, 2 vol. in-4°, 1889.

Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa recensuit E.-C. Ferrini. 1 vol. in-8°, 1884-1897.

Bruns, Mommsen et Gradenwitz. — *Fontes juris romani antiqui*. 7e éd., in-8°. 1909 (= Bruns, *Fontes*).

Corpus inscriptionum latinarum consilio et auctoritate Academiae litterarum regiae Borussicae editum (= *C. I. L.*).

Mitteis et Wilcken. — Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, 2 tomes en 4 vol. in-8°, 1912.

The Oxyrhynchus Papyri. Ed. with translations and notes by Bernard P. Grenfell and Arthur S. Hunt. in-8°, 1898-1899.

Plauti *Comoediae* recensuit F. Leo., 2 vol. in-8°, 1895-1896.

P. Terentii Afri *Comoediae*. Ed by Sidney G. Ashmore, in-8°, 1908.

M. Tulli Ciceronis *Opera quae supersunt* ex recensione Io. Casp. Orellii. Ed. altera emendiator curaverunt I.-C. Orellius et I.-G. Baiterus. 10 vol. in-8°, 1845.

Auli Gellii *Noctium atticarum libri XX* ex recensione M. Hertz, 2 vol. in-8°, 1883-1885.

II. Doctrine

Accarias. — Précis de droit romain, 4e éd., 2 vol. in-8°, 1886-1891.

Appleton (Ch.). — Histoire de la Compensation en droit romain, in-8°, 1895.

Bekker (E.-I.). — *Recipere* u. *permutare* bei Cicero (*Z. S. St.*, 3 (1882), R. A., p. 1-17).

Bensa (E.). — Histoire du Contrat d'assurance au moyen âge, trad. J. Valéry, in-8°, 1897.

Biermann (J.). — *Custodia* u. *Vis major* (*Z. S. St.*, 12 (1891), R. A., p. 33-65.

Blancard (L.). — Documents inédits sur le commerce de Marseille au moyen âge, 2 vol. in-8°, 1884-1885.

— Note sur la lettre de change à Marseille au XIII[e] s. (*Bibl. de l'Éc. des Chartes*, 39 (1878), p. 110-128).

Collinet (P.). — Etudes historiques sur le droit de Justinien. I. Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident, in-8°, 1912.

Costa (Em.). — Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto, in-8°, 1890.

Cujas (J.). — *Opera omnia*. Ed. de Naples, in-f°, 1758.

Cuq (Ed.). — Les institutions juridiques des Romains envisagées dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence, 2 vol. in-8°, 1908 (= Cuq, *Institutions*).

— Manuel des institutions juridiques des Romains, in-8°, 1917 (= Cuq, *Manuel*).

Freundt (C.). — Das Wechselrecht der Postglossatoren. 1[er] Teil, in-8°, 1899.

Gide (Paul). — Etudes sur la Novation et le Transport de créances en droit romain, in-8°, 1879.

Girard (P.-F.). — Manuel élémentaire de droit romain, 6[e] éd., in-8°, 1918 (= Girard, *Manuel*[6]).

— Mélanges de droit romain, in-8°, 1912.

— Organisation judiciaire des Romains. I. Les six premiers siècles de Rome, in-8°, 1901 (= Girard, *Organ. jud.*).

Goldschmidt (L). — Inhaber Order u. executorische Urkunden im classischen Alterthum (*Z. S. St.*, 10 (1889), R. A., p. 352-396).

— Universalgeschichte des Handelsrechts, in-8°, 1891.

— Storia universale del diritto commerciale, in-8°, 1910.

Humbert et Lécrivain. — Art. *Recepta*, au D. S.

Huvelin (P.). — Les travaux récents sur l'histoire de la lettre de change (*Ann. de dr. comm.*, 15 (1901), p. 1-30).

HUVELIN (P.). — Essai historique sur le droit des marchés et des foires, in-8°, 1897.

— Etudes sur le *Furtum* dans le très ancien droit romain. I. Les sources, in-8°, 1915.

— Les Tablettes magiques et le droit romain, in-8°, 1901.

— Art. *Mercatura*, *Negotiorum gestio*, *Obligatio*, au D. S.

IHERING (R. VON). — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. de Meulenaere, 3e éd., 4 vol., in-8°, 1886-1888.

JOBBÉ-DUVAL. — Cours de Pandectes sur les stipulations prétoriennes.

KARLOWA (O.). — Römische Rechtsgeschichte, II, Privatrecht, in-8°, 1901 (= Karlowa, *R. R. G.*).

LENEL (O.). — Das *Edictum perpetuum* ein Versuch zu seiner Wiederherstellung ; 2e éd., in-8°, 1907 (= Lenel, *Edictum*[2]).

— Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel, trad. F. Peltier. 2 vol. in-8°, 1901 s. (= Lenel, *L'Edit*).

— Art. de la *Z. S. St.*, 2, R. A., p. 62-71, et 13, R. A., p. 403).

LEONHARD (R.). — Art. *Custodia* in *P. W.*

MAY (G.). — Eléments de droit romain, 11e éd., in-8°, 1911 (= May, *Eléments*[11]).

MITTEIS (L.). — *Receptum argentarii* (*Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 479-480).

— *Trapezitika* (*Z. S. St.*, 19 (1898), R. A., p. 198-260).

— Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I. Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen ; in-8°, 1908.

MOMMSEN (Th.). — Le droit public romain, trad. P.-F. Girard, 6 vol. in-8°, 1887-1895.

— Le droit pénal romain, trad. J. Duquesne, 3 vol. in-8°, 1907.

PARTSCH. — Der ediktale Garantievertrag durch *Receptum* (*Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 403-422.

PERNICE (A.). — *Marcus Antistius Labeo.* Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. 3 vol. in-8°, 1873-1893 (= Pernice, *Labeo*).

PLATON (G.). — Les banquiers dans la législation de Justinien (*N. R. H.*, 33 (1909), p. 5 s.).

POTU (E.). — L'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre au point de vue historique, économique, juridique et en droit constitutionnel, in-8°, 1916.

SALEILLES. — Théorie générale de l'Obligation, 3e éd., in-8°, 1914 (= Saleilles, *Obligation*).

UDE (E.). — Das *receptum nautarum :* ein *pactum praetorium* (*Z. S. St.*, 12 (1891), R. A., p. 65-74).

VALÉRY (J.). — Histoire du pacte de constitut, in-8°, 1889.

— Art. de la *Rev. gén. du droit*, 16 (1892), p. 196 s. ; 17 (1893), p. 52-60, 97-104.

— Une traite de Philippe le Bel : contribution à l'histoire de la lettre de change, in-8°, 1909.

VERNAY (E.). — Servius et son Ecole. Thèse Lyon, in-8°.

WINDSCHEID et KIPP. — Lehrbuch des Pandektenrechts, 9e éd., 3 vol. in-8°, 1906.

WLASSAK. — Zur Geschichte der *Negotiorum Gestio*, in-8°, 1890.

III. Dictionnaires

BRÉAL et BAILLY. — Dictionnaire étymologique latin, in-8°, 1886.

DAREMBERG et SAGLIO. — Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, 10 vol. in-4°, 1877-1912 (= *D. S.*).

HEUMANN'S Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts neu bearbeitet von E. Seckel, 9e édit., in-8°, 1914.

Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von G. Wissowa, in-8°, 1893-1903 ; en cours de publication (= *P. W.*).

Regnaud (P.). — Dictionnaire étymologique du latin et du grec dans ses rapports avec le latin d'après la méthode évolutionniste, in 8°, 1908 (= Regnaud, *Dict. étym.*).

Vocabularium jurisprudentiæ romanae jussu Instituti Savigniani composuerunt O. Gradenwitz, B. Kuebler, E.-Th. Schulze, in-4°, 1884-1910.

IV. Revues

Annales de droit commercial.
Archives de l'Orient latin.
Bibliothèque de l'Ecole des Chartes.
Nouvelle Revue historique de droit français et étranger (= *N. R. H.*).
Philologus.
Revue de synthèse historique.
Revue générale du droit et de législation (= *R. gén.*).
Zeitschrift für Handelsrecht (= *Z. f. Handelsr.*).
Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (= *Z. S. St.*).

RES RECEPTA

INTRODUCTION

On voudrait, dans les pages qui vont suivre, considérer les trois *recepta* connus de l'Édit du préteur, bien moins sous le rapport de leurs physionomies respectives et des dispositions de droit spéciales à chacun d'eux (1), qu'en s'attachant à leurs ressemblances, aux éléments communs à ces trois opérations juridiques, aux causes de leur juxtaposition matérielle dans le corps de l'Edit. On voudrait rechercher surtout quel pouvait être pour chacun d'eux l'élément générateur de l'obligation et du rapport juridique. Cet élément se retrouvait-il identique dans nos trois *recepta* (2), faisant ainsi du *receptum*

(1) Les particularités de chacun des trois *recepta* seront relevées sommairement dans les notes.

(2) Il est généralement admis que la juxtaposition des *recepta* dans l'Édit est due à des causes superficielles, étrangères au fond du droit (similitude accidentelle de dénominations). En ce sens, Lenel, *Edictum*², p. 33, qui reprend en outre une hypothèse de Cujas (d'ailleurs des plus vraisemblables), selon laquelle le *receptum arbitrii*, étudié dans l'Édit, à propos du dévelopt de l'instance, aurait exercé une attraction sur les deux autres *recepta*. — L'idée d'une analogie toute verbale

une véritable institution cohérente et autonome? Tel est exactement le point de vue auquel on désirerait se placer.

Nous suivrons pour exposer cette recherche l'ordre même selon lequel, en fait, nous l'avons menée, — en étudiant d'abord le mot et le concept de *receptum* d'une manière générale, abstraite et philologique, — en nous demandant si le sens obtenu de la sorte se retrouve sans modifications sensibles dans les trois *recepta* réglés par le préteur, — en rassemblant les résultats acquis pour en tirer, s'il y a lieu, des conclusions positives sur le sens et l'unité de l'œuvre prétorienne en matière de *receptum*.

des divers *recepta*, émise par Lenel, a été le plus souvent adoptée : 1° en France, notamment par MM. Girard (*Manuel* [6], p. 616) et May (*Eléments* [11], p. 316) : 2° à l'étranger, notamment par Karlowa, *R. R. G.*, II, 1, p. 1315, qui admet toutefois une certaine parenté interne du *receptum nautarum* et du *receptum arbitrii*, et par Partsch, *Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 405, qui tend au contraire à isoler le *receptum arbitrii*, à raison des moyens de procédure spéciaux qui servent à le sanctionner. — La thèse inverse (celle d'une similitude interne des trois opérations) n'a guère été jusqu'ici soutenue explicitement que par E. I. Bekker, *Z. S. St.*, 3 (1882), R. A., p. 1-17. Elle nous semble toutefois contenue en germe dans une idée exprimée accidentellement par M. Huvelin, au *D. S.*, v° *Obligatio*, et qui se retrouve sous une forme spécialisée dans un article de M. H., paru dans les *Ann. de dr. comm.*, 15 (1901), p. 20, n. 1.

CHAPITRE I

RECIPERE ET RECEPTUM

Le sens de *receptum* et de *recipere*, les représentations et les concepts habituels que ces termes évoquent, doivent, selon le plan établi plus haut, faire d'abord l'objet de la recherche présente. Il convient d'étudier ce sens : 1° dans la langue des auteurs littéraires ; 2° dans celle du droit romain. Mais il convient aussi de négliger provisoirement la langue du droit honoraire, cette exclusion se trouvant conforme au but que l'on s'est fixé.

Et en effet, ce sens général que nous aurons ainsi obtenu, par l'étude des textes étrangers à l'Edit et à ses commentaires, nous aurons à le rapprocher de ces textes dans le cours ultérieur de notre travail. Nous aurons à nous demander s'il demeure valable

pour eux, ou si, comme on l'admet souvent, au moins de manière implicite (1), il existe une opposition entre le sens général des termes qui nous occupent et le sens particulier qu'ils revêtent dans les dispositions de l'Edit du préteur.

I

Il semble *a priori* que le sens général des mots *recipere*, *receptum* puisse être établi par l'étymologie, par l'étude des traductions grecques, enfin par la comparaison des textes où ces termes sont employés.

Malheureusement les traductions helléniques sont en l'espèce peu décisives. Il est à peu près établi, en effet (2), que le mot ἀντιφώνησις dont se servent les

(1) Certains auteurs, même, l'admettent explicitement. Ainsi Heumann et Seckel, *Handlexikon*[9], p. 493 v° recipere, opposent nettement aux sens ordinaires de ce verbe les acceptions techniques que lui donne, disent-ils, l'Édit du préteur. Leur définition du *r. argentarii*, p. ex., n'offre aucune mesure commune avec leurs autres interprétations des divers emplois du mot *receptum*. Dans cette opinion, p. conséquent, *recipere*, *receptum*, présentent : 1° un sens ordinaire, 2° un sens prétorien, complètement distincts l'un de l'autre. — L'on voudrait établir, au contraire, dans la présente étude, que le *receptum* prétorien n'est pas spécifiquement différent de la notion ordinaire de *receptum*.

(2) La démonstration nous paraît avoir été faite par M. Collinet, *Etudes hist. s. le Droit de Justinien*, I, p. 275-277. Une analyse en sera donnée dans notre chap. III.

Byzantins pour désigner l'un des *recepta* (celui des *argentarii*) en même temps que le constitut s'applique surtout à ce dernier et que son extension au *receptum* est une des conséquences de la fusion de ces deux opérations juridiques, opérée, comme on sait, par le Code de Justinien (1). — L'étymologie nous apprend davantage (2) : elle nous montre dans *recipere* un composé de *capio*, dans *capere* un verbe à signification très matérielle et très réaliste, apparenté à *capulus* (= poignée), procédant de la racine c(v)ap qui se retrouve dans *habeo* (3) (= tirer à soi, prendre, tenir, avoir), dans le grec κάπτω équivalent et peut-être origine de notre terme *happer*. Mais elle ne peut nous renseigner sur les spécialisations et les nuances qu'avaient reçues dans la pratique de la langue les termes que nous voulons définir. Afin d'observer celles-ci, il convient de recourir à notre troisème source d'informations, de beaucoup la plus accessible et la plus abondante : car si le *Thesaurus* n'en est point à la lettre R, les dictionnaires de Freund et de Forcellini nous fournissent une ample moisson de textes dans lesquels figurent les mots *receptum* et *recipere*.

Au premier examen des textes en question, une constatation s'impose. Le préfixe *re* de *recipere* n'a

(1) *C.*, 4, 18, *de const. pec.*, 2 (a. 331).

(2) V. Regnaud, *Dict. élymol.*, v° capio.

(3) A la parenté philologique étroite de *capio* et d'*habeo*, indiquée par Regnaud, *l. c.*, h. v^is^, correspond peut-être une affinité primitive d'ordre juridique, existant entre le *receptum* et la très ancienne vente romaine, non formaliste, tendant à un *habere* (*licere*).

pas partout une valeur identique. Tantôt il signifie *de nouveau, en retour* dans *recipere signa quae Parthi ademerant* par exemple. Tantôt il a une valeur confirmative et ne modifie pas essentiellement le sens de *capere*. D'où deux grandes familles de sens de notre verbe : *Reprendre-recevoir* : Telles sont ses acceptions fondamentales. On conçoit que la seconde soit la seule à nous intéresser.

Ici commencent les difficultés. *Recipere*-recevoir est bien employé comme tel dans une quantité de textes. Mais d'autres textes laissent supposer — et les dictionnaires affirment — qu'il était pris souvent dans le sens de *promettre* ou de *garantir*. Promettre, recevoir ; ce sont là en français des concepts bien distincts et qui semblent incompatibles. Quel est donc dans *recipere* la notion commune qui les rassemble ? Ou plutôt comment *recipere* peut-il signifier à la fois l'un et l'autre ? Comment est-on passé de l'un à l'autre ? Quel est de ces deux aspects du mot celui qui semble fondamental ? *Recipere* par ailleurs a-t-il jamais signifié promettre, au sens d'une promesse intellectuelle et abstraite ? Autant de questions dont on devine la parenté, et dont les textes littéraires et juridiques permettent, croyons-nous, de discerner la solution.

Il faut, pour y parvenir, partir des plus anciens que nous possédions, c'est-à-dire des textes de Plaute. *Recipere* dans l'imense majorité d'entre eux est pris au sens très matériel de *recueillir, prendre, recevoir*. Pourtant, dans l'un au moins de ces

textes la notion de promesse apparaît (1). La singularité du cas invite à en rendre bien compte, et cela sans tronquer le passage, sans isoler l'expression « dico recipio » des vers qui la précèdent, comme on le fait généralement. Il s'agit en l'espèce de vers du *Miles Gloriosus* (v. 278-280 = II, 2, 73-75).

> Magnam illic homo rem incipissit, magna munit moenia,
> Tu unus si recipere hoc ad te dicis, confidentiast
> Nos inimicos profligare posse. — Dico et recipio.

« Il entreprend une grosse affaire : la défense d'une citadelle importante. Si tu déclares te charger à toi seul de la chose (*hoc* = *res* du v. préc.), crois-moi, nous pourrons vaincre nos ennemis. — Je le dis, je m'en charge. »

Nous traduisons *recipere* par *se charger de* : tel est en effet le sens qu'il nous semble avoir dans ce texte. La réplique « *Dico, recipio* » pourrait faire songer à une promesse abstraite, et c'est ce que l'on admet parfois en isolant cette réplique des mots qui l'ont provoquée. Mais il faut la rattacher évidemment aux mots « *hoc unus recipere ad te dicis* » qui donnent seuls la clef du passage : *hoc*

(1) Ce texte est le seul (qu'indiquent les dictionnaires) dans lequel *recipere*, chez Plaute, exprime non seulement une idée de *réception* (ou d'*entreprise*), mais encore, dans une certaine mesure, celle d'*engagement*. Les autres t. de Plaute, relevés par Freund, p. ex., donnent à *recipere* une acception matérialiste. Ainsi : *Curculio*, 727, *age ergo recipe actutum ; ibid.*, 86, *quisnam istic fluviust, quem non recipiat mare ?* ; *Cist.*, 639 ; *Rudens*, 276, etc.

c'est-à-dire la *res* du vers précédent, l'affaire entreprise ou à entreprendre, la défense de la citadelle assiégée. Or, si l'on y réfléchit, *hoc recipere dicis* ne peut signifier que « si tu promets d'entreprendre l'affaire ». *Recipere* étant commandé par *dicis*, il ne peut y avoir équivalence de ces deux termes. Et *dicere* voulant dire évidemment déclarer, affirmer ou promettre, c'est que *recipere* qu'il régit indique l'objet de la promesse, à savoir le *fait d'entreprendre* la défense de la citadelle assiégée.

Nous saisissons ainsi sur le vif le processus psychologique, au moyen duquel on a pu passer du sens tout matériel de *recevoir* ou d'*accepter*, au sens plus subtil de *s'engager* ou de *promettre*. On en est venu là parce que certains actes matériels de réception (d'une chose) ou d'entreprise (d'une affaire) ont paru, à un moment donné, avoir une signification psychologique, impliquer certaines intentions chez celui qui reçoit ou entreprend. Ainsi, chez nous, le mot *se charger de* présente cette physionomie quelque peu équivoque. Il désigne un acte matériel en lui-même, mais révélateur d'une intention plus ou moins ferme : celle de conserver la chose, de mener à bonne fin l'entreprise dont on s'est chargé. Comme le *recipere in se* de Plaute, il tient le milieu entre le fait de recevoir et celui de promettre. Mais prenons-y garde : ils sont tous deux plus proches de l'idée de réception que de l'idée de promesse. Ils désignent avant tout un acte matériel, un acte concret d'exécution. L'idée abstraite de promesse, quand

ils la renferment, y figure comme un élément secondaire, adventice et subordonné.

Acte matériel de réception ou d'entreprise, impliquant parfois (mais rarement et subsidiairement) un élément intellectuel : tel est donc le sens bien net que semble avoir *recipere* au VI^e^ s. chez Plaute. Deux éléments s'y révèlent à l'analyse. Les retrouverons-nous tous deux doués des mêmes coefficients respectifs d'importance, dans le *recipere* des textes romains classiques et principalement des œuvres de Cicéron ?

Recipere en effet, nous disent les lexicographes, est un des termes favoris du langage cicéronien. *In me recipio ; Dico et recipio ; Spondeo recipio :* ce sont là expressions toutes faites qui reviennent constamment dans les écrits et surtout dans les Lettres de Cicéron. Mais pour étudier le sens spécial de *recipio*, qui seul ici nous intéresse, nous croyons devoir adopter un certain mode d'investigation : celui qui consiste à rechercher (1) surtout les passages où Cicéron oppose *recipere* à un autre verbe (à *spondeo*, *confirmo*, par exemple), de préférence aux textes où il soude ces mots les uns aux autres, en confondant ainsi leurs significations.

Le passage qui, de ce point de vue, nous semble le plus suggestif, est, semble-t-il, un texte des *Verrines* (II, 2, 53).

(1) La négligence de cette précaution de méthode nous paraît avoir vicié dans une certaine mesure l'investigation de Bekker, in *Z. S. St.*, 3 (1882), R. A., p. 1-12.

> Satisfactum est Siculis, satis promisso ac recepto nostro. Reliqua est ea causa, judices, quae non jam recepta sed innata : neque delata ad me, etc.

Le sens général est simple. Cicéron vient de plaider contre Verrès la cause des Siciliens. Il estime avoir pleinement rempli la mission dont ils l'ont chargé. Mais il lui reste une autre cause, celle de la République, à défendre : *causa quae non recepta sed innata. Recepta causa* se comprend à merveille et nous renseigne du même coup sur le *recepto* corrélatif de la phrase précédente : celui-ci, remarquons-le, est séparé de *promisso* par *ac*, terme disjonctif dans la langue latine (1). Et de fait, les concepts que ces mots représentent sont ici tout au moins faciles à distinguer. Cicéron veut dire visiblement : « d'une part j'ai tenu ma promesse ; d'autre part j'ai mené à sa fin l'entreprise que j'ai assumée ». Ici, il pense à une promesse tout intellectuelle ; là, à un acte extérieur et positif d'intervention.

La même idée de réception matérielle, d'intervention ou d'exécution effectives contrastant avec celle d'une convention abstraite et non exécutée, se

(1) En ce sens Regnaud, *Dict. étymol.*, v^is^ *at* et *ast*, desquels il rapproche *atque* et *ac*. La particule dont il s'agit, dit-il, « ajoute, à l'idée simple d'addition exprimée par la particule *et*, celle de restriction que rend notre mot *mais* ; c'est, malgré la contradiction apparente des termes, une copule disjonctive ».

retrouve, croyons-nous dans tous les textes de Cicéron, dans lesquels *recipere* est employé pour sa valeur propre, opposé plutôt qu'associé à d'autres verbes tels que *dico*, *confirmo*, *spondeo*. La preuve de cette proposition ne serait point difficile à faire, d'une manière exhaustive et complète. Mais nous nous bornerons à la fournir, relativement à deux textes qui nous semblent topiques : l'un emprunté à la treizième des lettres à Atticus, l'autre à la quarante-sixième des lettres *ad familiares*.

Dans le premier de ces passages (1) Cicéron nous parle d'une affaire qui le concerne, affaire dont Atticus s'est chargé et même déjà fortement occupé (*omnem diligentiam jam adhibitam*). L'enjeu du litige est un jardin que Cicéron espère obtenir. Celui-ci éprouvait à ce sujet des inquiétudes et des impatiences ; mais elles sont maintenant calmées ; car, dit Cicéron à son ami : « *de aestate polliceris vel potius recipis* ». Ces trois derniers mots ne s'expliquent pleinement, croyons-nous, que dans l'hypothèse que nous avons émise sur le sens général du verbe *recipere*. De la sorte, il est aisé d'en rendre compte : Il suffit de les rapprocher de certaines expressions précédentes : *omnem diligentiam adhiberi vel potius jam adhibitam... causa quae*

(1) Cic., *ad Att.*, 13, 1 : *De pecunia vero, video a te omnem diligentiam adhiberi, vel potius adhibitam : quod si efficis, a te hortos habebo. Nec vero ullum genus possessionis est quod malim, maxime scilicet ob eam causam quae suscepta est ; cujus festinationem mihi tollis, quoniam de aestate polliceris vel potius recipis.*

suscepta est, etc. « Oui », dit Cicéron, « je suis désormais tranquille. Cet été j'aurai mon jardin. Car non seulement tu me le promets, mais, qui mieux est, tu t'occupes effectivement de l'affaire. » Ou, pour paraphraser autrement notre texte : « J'en ai pour garantie non seulement tes assurances (*polliceris*) mais encore ton intervention (*recipis*). »

L'autre passage (1), sur lequel nous serons plus bref, — il faudrait sans cela refaire à son sujet, *mutatis mutandis*, des observations déjà faites — est conçu dans les termes suivants : *Pansa quidem gravis homo et certus non solum confirmavit verum etiam recepit perceleriter se ablaturum diploma.* Il nous semble qu'il faut traduire : « Pansa a non seulement affirmé qu'il aurait bientôt le diplôme, mais il a encore entrepris des démarches à cet effet. »

Telle est l'explication que nous proposons de donner de ces textes. Elle est de tous points conforme à celle que nous avons fournie pour les vers de Plaute étudiés plus haut. Si elle se trouve exacte, il s'ensuit que *recipere*, dans la langue de Cicéron comme celle de Plaute, signifie avant tout : recevoir une chose ou entreprendre une affaire ; et aussi, mais subsidiairement : assumer les promesses qu'impliquent en quelque sorte le fait de l'entreprise ou celui de la réception. Et si, pour combattre cette interprétation, on invoque les passages, nombreux à la vérité dans l'œuvre de Cicéron, dans lesquels

(1) Cic., *ad fam.*, 6, 12.

recipere (in se) semble signifier *promettre*, et cela de manière exclusive, nous répondrons seulement par les remarques que voici : ou bien, dans les textes dont il s'agit, *recipio* est étroitement soudé à *spondeo promitto* par un terme copulatif (1) (*et*, *que*, etc.) dominé, absorbé par eux en quelque sorte ; auquel cas il abdique son sens propre pour leur emprunter leur signification : ou bien, quoique employé seul, *recipio* est tout de même influencé par *promitto*, auquel si souvent on l'accole : et la preuve de cette influence occulte et pourtant décisive résulte de ce qu'en pareil cas le verbe *recipio* se construit avec le datif (2). *Recipere alicui* : c'est là une expression caractéristique et dont l'attraction de *promittere* permet seule de rendre compte. Mais c'est aussi une expression plutôt rare et en tout cas assez récente. On ne la trouve pas dans Plaute. On ne commence à la rencontrer que dans les Lettres de Cicéron.

L'expression traditionnelle, fondamentale, celle dont on doit tenir compte avant tout pour fixer le sens de *recipere*, c'est donc *recipere in se (rem* ou *causam)*. Et cette expression, nous l'avons vu, chez

(1) Ainsi : Cic., *ad fam.*, 13, 10, 3 : *Promitto in meque recipio fore eum tibi et voluptati et usui;* id., *ibid.*, 13, 17 fin. : *Spondeo in meque recipio eos esse M. Curii mores ;* etc. Nous croyons d'ailleurs que, même dans ces textes, *recipio* excède le domaine de l'idée de promesse pour empiéter sur celui de l'idée d'exécution. Ainsi dans ces deux t. *recipio* = peut-être « je fais mon affaire de le prouver ».

(2) Ainsi : Cic., *ad fam.*, 10, 21 : *Omnia ei et petenti recepi et ultro pollicitus sum.* Cf. Cic., *ad fam.*, 1, 9, 9 ; *ad Att.*, 5, 17, 15.

Plaute comme chez Cicéron, évoque avant tout des représentations concrètes : la réception matérielle d'une chose, des actes positifs d'entreprise ou d'intervention. Si elle éveille parfois, souvent même, l'idée d'intention ou celle de promesse, ce n'est qu'à titre accessoire et par simple association d'idées. En un mot *recipere*, chez les auteurs littéraires latins, nous semble beaucoup plus près du français *recevoir* que du français *promettre*. Il correspond à peu près exactement à notre verbe : *se charger de*.

II

Si nous envisageons maintenant la langue juridique romaine, abstraction faite toutefois de celle de l'Edit du préteur, nous serons amené à faire des constatations tout à fait analogues concernant le sens de *recipere* et de *receptum*. L'abondant relevé de textes qui se trouve contenu, par exemple, dans le dictionnaire de Heumann et Seckel, est de nature à supprimer toute incertitude. Il permet d'établir que dans la langue du droit, comme dans celle de la littérature : 1° les termes que nous étudions ont avant tout une signification réaliste ; 2° que l'idée de promesse, quand elle apparaît, ne se manifeste qu'à l'arrière-plan.

Il n'y a pas à insister sur les nombreux fragments

d'ouvrages juridiques dans lesquels *recipere*, *receptum* ont un sens exclusivement matériel, celui de *recevoir*, *percevoir*, *accepter*, *entreprendre*. Il convient au contraire d'examiner d'assez près les passages dans lesquels les termes dont il s'agit éveillent, de près ou de loin, une idée de promesse, et de rechercher, ici encore, par quelles transitions linguistiques on a pu passer du concept de *recevoir* à celui de *s'engager*.

Un tel examen conduit à la conclusion suivante : c'est par l'adjonction de certains compléments directs au verbe *recipere*, qu'on a introduit dans le sens de ce dernier verbe l'idée d'engagement qui d'abord n'y figurait pas. Or il est possible, à cet égard, de discerner dans les textes une évolution historique d'un certain intérêt.

Le premier stade de celle-ci est représenté par les textes dans lesquels *recipere* est suivi d'un substantif évoquant une image concrète, à laquelle toutefois certaines notions abstraites se trouvent associées. Il en est ainsi des fragments qui usent des expressions *hospitem recipere* ou *transfugam jure belli recipere* (1). Par l'effet de cette juxtaposition de mots, le sens de *recipere* tend à évoluer dans une direction nouvelle. *Recipere hospitem*, cela signifie en effet : accueillir un hôte chez soi, mais aussi : s'engager à respecter sa vie, à le protéger contre les attaques extérieures. Aussi sans quitter le terrain

(1) *Dig.*, 7, 8, 2, 1; 41, 1, 51.

du fait on empiète, par certains côtés, sur le domaine de l'obligation morale sinon juridique : on passe insensiblement de la notion de recevoir à celle de s'engager.

D'autres textes vont plus loin dans cette voie. Ils forment le second stade de l'évolution dont nous parlions tout à l'heure. Par une sorte d'hypallage, ils donnent comme complément au verbe *recipere* non plus un terme concret, mais un substantif abstrait. Ils disent par exemple (1) *rei custodiam recipere* au lieu de *rem in custodiam recipere*. Le verbe tend ainsi à s'affranchir de plus en plus de toute représentation concrète. Il y parvient davantage encore dans certaines expressions telles que *debitum*, *obligationem recipere* (2).

Mais voici qui est essentiel et curieux à la fois. L'évolution dont nous parlons, et qui tendit à conduire le verbe *recipere* de l'idée de réception matérielle au concept abstrait d'engagement, paraît s'être réalisée dans la langue juridique beaucoup plus imparfaitement que dans la langue littéraire, surtout que dans celle de Cicéron. Tandis que, chez ce dernier auteur, on trouve des expressions toutes faites, comme *spondeo recipio* (3) dans lesquelles *recipere*, par

(1) *Dig.;* 19, 2, 55 pr.

(2) *Dig.*, 40, 1, 4, 1 ; 16, 1, 8, 1.

(3) Ces expressions toutes faites, qui se trouvent presque exclusivement dans les textes de Cicéron, pourraient bien être tout simplement des redondances cicéroniennes. Aussi hésitons-nous à y voir, avec M. Collinet (*Etudes hist.*, I, p. 276), les termes mêmes au moyen desquels le *receptum* se serait conclu.

l'effet d'une espèce d'attraction, dépouille le sens de *recevoir* pour prendre exclusivement celui de promettre, on chercherait vainement au Digeste des locutions identiques ou de même portée (1). Nous ne parlons pas de l'Edit du préteur, duquel, par un scrupule de méthode, nous nous abstenons encore de nous occuper.

En résumé, dans la langue littéraire comme dans la langue juridique ordinaire, dans celle-ci d'ailleurs plus encore que dans celle-là, les mots *recipere*, *receptum* ont un sens très réaliste. Ils désignent un fait matériel et non une promesse. Ils expriment avant tout, l'idée de *recevoir* ou *d'entreprendre*, à laquelle vient se juxtaposer parfois une idée accessoire d'obligation. Nous doutons fort, en tout cas, que dans les textes littéraires et dans les textes juridiques étrangers à l'Edit, les termes dont il s'agit

(1) Un texte juridique dans lequel *recipere* pourrait fort bien signifier « promettre » est cependant indiqué par M. Valéry, *Hist. du pacte de Constitut*, p. 57, n. 4. C'est le fr. 47, Dig., *de her. inst.* 28, 5 : *si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditurum se hereditatem recepisset et restituturum patri familias facto*, etc. Nous ne croyons pas toutefois ce texte absolument incompatible avec l'idée que nous développons. Nous pensons que la nuance assez subtile qu'il exprime est précisément celle d'une promesse accompagnant un acte (de prise de possession partielle de l'hérédité) ou même résultant de lui. Nous comprendrions volontiers le texte comme faisant allusion à un acte de *gestio pro herede* pour le compte d'autrui. Dans ces conditions, *recipere* évoquerait ici comme ailleurs : 1° une idée de réception ; 2° une idée de promesse.

aient jamais signifié promettre, de façon principale et exclusive.

Or si l'on en croit, d'autre part, la doctrine couramment admise, quoique rarement formulée de manière systématique (1), *recipere* et *receptum* signifieraient tout autre chose dans la langue de l'Edit du préteur. Ils y désigneraient l'idée d'une *promesse abstraite*, indépendante de toute cause, de tout élément formel comme de tout élément réel.

Cette opposition, que l'on établit, est en elle-même peu vraisemblable. Et ceci n'est point à coup sûr, un motif de la rejeter. C'en est un, tout au moins, de chercher à en vérifier l'exactitude en étudiant les textes du droit honoraire, ainsi que les fragments de jurisconsultes qui tendent à le commenter.

(1) V. cependant Partsch, *Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 412, qui formule le plus nettement possible l'idée selon laquelle *receptum* = une promesse abstraite.

CHAPITRE II

RECEPTUM NAUTARUM CAUPONUM, STABULARIORUM ET RECEPTUM ARBITRII

Les mots *recipere*, *receptum*, au cours du précédent chapitre, nous sont apparus comme étroitement liés à des représentations réalistes, et comme évoquant, d'une façon beaucoup moins directe, la notion de promesse abstraite ou celle de convention. Cette signification très accusée, que présentent les termes en question dans la langue des auteurs littéraires (ou dans la langue juridique ordinaire), se retrouve-t-elle dans la langue juridique de l'Edit du préteur? C'est la recherche que nous voudrions maintenant mener, sinon de façon générale, du moins à propos de deux *recepta* de l'Edit : celui des *nautae*, *caupones*, *stabularii* et celui des arbitres.

Disons d'ores et déjà que nous serons conduit par cette recherche à voir dans le concept honoraire de *receptum* la synthèse de deux idées, distinctes mais corrélatives. D'une part l'idée de *res*, d'autre part celle de *custodia*.

I

Qu'en fait de *receptum* (1) *nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* (2), le mot *recipere* ait le sens matérialiste que nous lui avons reconnu dans la

(1) Sur le *receptum nautarum*, etc., v. *Dig.*, 4, 9, *naütae, caupones, stabularii ut recepta restituant*; Lenel, *Edictum* ², § 49; Rudorff, *Edicti perp.*, § 47 : Girard, *Manuel* ⁶, p. 618; Cuq, *Institutions*, II, p. 458-459, et *Manuel*, p. 516-517 ; Karlowa, *R. R. G.*, II, 1, p. 1315-1320; Goldschmidt, *Z. f. Handelsr.*, III, p. 99 ss., et *Universalg. d. Handelsr.*, p. 77 ; Ude, *Z. S. St.*, 12 (1891), R. A., p. 66-74; Partsch, *Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 403-422.

(2) Les interventions prétoriennes concernant les *nautae*, *caupones*, *stabularii*, ne sont pas toutes relatives à la matière du *receptum*. Il convient d'en distinguer trois : 1° Celle sur le *receptum* (Lenel, *Edictum*, § 49; *Dig.*, 4, 9, 1, 3, 4, 5; Ulp., 14 ; Paul, 13 ; Gaius, 5 ; Pomponius, 34). Elle a un caractère réipersécutoire (*Dig.*, 4, 9, 3, 4), établit une obligation de restituer les choses reçues, sanctionnée par une *a. in factum*, transmissible et perpétuelle. 2° Celle sur le *damnum injuria datum* aux voyageurs par le *nauta*, *caupo*, *stabularius* ou par leurs préposés (Lenel, *Ed.*, § 78 ; *Dig.*, 4, 9, 6, 7 ; Ulp., 18 ; Paul, 22). Elle a un caractère pénal, organise une action au double (*Dig.*, 4, 9, 7, 1), perpétuelle, mais intransmissible (*Dig.*, h. t. 7, 6). Il s'agit d'une *a. in factum* subsidiaire de l'*a.* de la loi *Aquilia*, créée évidemment pour ces divers motifs que l'*a. legis Aquiliae* était faite pour les citoyens seuls et que, supposant un dommage *corpore datum*, elle ne pouvait s'appliquer au dommage

langue de Cicéron ; que l'opération juridique dont il s'agit ait avant tout une base réelle, c'est ce que les termes mêmes de l'Edit indiquent, à notre sens, d'une manière peu équivoque. Le Préteur dit en effet (1) :

> NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUJUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUENT, IN EOS JUDICIUM DABO.

Il suffit de lire ce texte pour voir que la réception toute matérielle des marchandises constitue dans le *receptum nautarum* l'élément générateur de l'obligation. Les mots *nisi restituent* précisent le sens de *receperint* de manière très rigoureuse. Ils nous

causé non par le défendeur lui-même mais par un préposé de celui-ci. Cf. sur ce développement Girard, *Manuel*[6], p. 423-424 ; May, *Eléments*[11], p. 406 ; Cuq, *Institutions*, p. 572-574. 3° Celle sur le *furtum* commis par les *n. c. st.* (Lenel, *Ed.*, § 136 ; *Dig.*, 47, 5 ; Ulp., 38). Ce troisième édit est commenté par Ulpien au *D.*, h. t. 1 ; il cite presque textuellement les termes de l'édit : *In eos, qui naves, cauponas, stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum, quosve ibi habebunt furtum factum esse dicetur, judicium dabur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cujus, qui in ea navi navigandi causa esset.* Sur les traces d'interpolation, que porte la fin de ce texte (*factum sit*, en désharmonie avec le *factum esse dicetur* du début), v. Lenel, *Edictum*[2], p. 323. L'édit sur le *receptum*, par le caractère réipersécutoire de l'action qu'il établit, s'oppose visiblement aux deux autres. Il semble plus ancien qu'eux, à considérer : 1° les personnes qu'il vise ; *nautae, cauponae*, etc., et non *qui naves cauponas exercent* (ceci est l'indice d'une économie commerciale peu développée) ; 2° les termes dans lesquels il est conçu (il ne contient pas comme les deux autres édits la tournure : *si... factum esse dicetur*). Sur ce dernier critère d'archaïsme, v. Dernburg, *Festgabe für Heffter*, p. 130 s.

(1) *Dig.*, 4, 9, 1 pr. ; Lenel, *Ed.*, § 49.

prouvent que *recipere* signifie ici *recevoir*, au sens le plus concret du terme, et nullement *promettre* ou *s'engager*. Les mots *salvum fore* figurent, il est vrai, dans l'Edit. Mais c'est pour indiquer la physionomie que doit présenter l'opération matérielle de réception des marchandises (1). Toute opération de ce genre, veut dire par là le préteur, ne saurait motiver mon intervention, ne saurait obliger à restitution le patron de l'auberge ou celui du navire. Il faut pour cela qu'elle se soit effectuée dans des conditions normales, impliquant chez le patron l'*intention* de garder, pour les rendre plus tard, les choses qu'il a reçues. Mais cet *animus* n'est pas plus générateur de l'obligation du *nauta* que l'*animus* de l'*accipiens* en fait de *mutuum* n'engendre l'obligation de rendre, que l'*animus* du *negotiorum gestor* n'établit, à elle seule, à la charge de celui-ci une obligation de gérer. Ici et là un *animus* est exigé : mais c'est pour faire une discrimination parmi les

(1) Cette terminologie est très romaine. Les exemples sont nombreux dans les textes de verbes à signification matérielle, accompagnés de compléments directs destinés à donner un caractère abstrait et téléologique aux opérations que ces verbes ont pour objet de représenter. Ainsi : *pecuniam mutuam dare* (*Dig.*, 22, 2, 6 pr.) ; *vinum transportandum conducere* (*Dig.*, 19, 2, 11, 3) ; *jumentum utendum accipere* (A. Gell., 6 (7), 15, etc.) ; *Rem salvam fore recipere* est une expression analogue. Aussi ne comprenons-nous pas que Karlowa, qui dégage généralement bien le sens des expressions de ce genre (v. au t. II de sa *R. R. G.* le chap. intitulé *res utenda data, res servanda data*), s'autorise par ailleurs, *R. R. G.*, II, p. 1317, des mots *salvum fore*, en fait de *receptum naularum*, pour traduire *recipere* par promettre (*versprechen*) et non par recevoir (*aufnehmen*). Le sens *recevoir* (*à garder*) nous semble commandé par ailleurs par certaines considérations (v. la n. suiv.).

actes de réception, de transport, ou de gestion d'affaires, pour déterminer ceux de ces actes que le préteur entend considérer. Mais ici comme là c'est l'acte matériel qui est la cause du droit sanctionné, qui forme l'élément essentiel de l'opération juridique (1).

Dans ce premier édit, par conséquent, le mot *recipere* présente la signification réaliste et un peu équivoque qu'il possède dans la langue littéraire, chez Plaute ou chez Cicéron. Et il n'en est pas autrement, croyons-nous, dans le second de nos

(1) Les termes de l'Edit et de ses commentaires nous empêchent de voir dans le *receptum nautarum* autre chose qu'une opération réelle, d'y voir : 1° soit avec Pernice, *Labeo*, II, p. 347 et Partsch, *Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 403 ss., une convention pure et simple ; 2° soit avec Goldschmidt, *Z. f. Handelsr.*, III, p. 99 ss., une déclaration unilatérale du *nauta* au moyen du mot *recipio* ; 3° soit avec Lenel, *Z. S. St.*, 13 (1892), R. A., p. 403, une sorte de pollicitation générale, sous forme de pancarte portant les mots *sarcinae salvae erunt*. — Contre les deux premières conceptions, on peut faire valoir : 1° les termes de l'Edit qui parlent visiblement d'une réception toute matérielle (*quod salvum fore receperint nisi restituent* ; cf. l'intitulé du t. du *Dig.*, 4, 9 : *nautae... ut recepta restituant*) ; 2° le commentaire d'Ulpien au *Dig.*, 4, 9, 18, nous disant que, pour qu'il y ait *receptum nautarum*, il n'est même pas nécessaire que les marchandises aient été remises au patron de navire (*adsignatae*), qu'il suffit qu'elles aient été placées sur le bateau (*nissae*, *illatae*). Contre l'hypothèse de Lenel on peut invoquer : 1° l'absence de textes qui lui soient favorables ; 2° l'invraisemblance interne d'une telle supposition. Comment admettre, en effet, que les *nautae* aient eu l'idée bizarre de proclamer, par voie d'affiche, leur probité personnelle et celle de leurs employés ? La nécessité d'une *praedictio* formelle, et admise par les intéressés, pour écarter dans certains cas la responsabilité édictale des *nautae* (*Dig.*, 4, 9, 7 pr.) prouve d'ailleurs, jusqu'à l'évidence, que cette responsabilité n'avait pas pour base une déclaration par voie d'affiche : auquel cas la simple omission de l'affiche aurait suffi à la supprimer.

trois édits, celui sur l'obligation de rendre une sentence que le préteur impose à l'arbitre (1). Nous pensons en effet qu'ici comme dans l'édit précédent, le préteur ne sanctionne pas, à proprement parler, un pacte, une promesse abstraite, mais qu'il prend en considération un fait, un acte matériel. Non point un acte de réception au sens français du terme, mais un acte d'*intervention effective* dans un litige déterminé. Et *recipere* est donc pris ici dans la seconde des acceptions franchement matérielles que nous lui avons reconnues dans la langue de Cicéron.

Les textes ne manquent pas pour appuyer ces affirmations. On peut invoquer tout d'abord la teneur même de l'édit (2), laquelle, à l'examiner de près, est bien caractéristique : QUI ARBITRIUM RECEPERIT (UT SENTENTIAM DICAT), etc. Le Préteur ne dit pas, remarquons-le bien : « *Qui receperit (vel promiserit) se sententiam dicturum* ». Il envisage le cas où une personne *arbitrium recepit* avec l'intention de rendre une sentence. Cet *animus* résulte donc de l'opé-

(1) S. le *receptum arbitrii*, v. *Dig.*, 4, 8, *de receptis : qui arbitrium receperint ut sententiam dicant ;* Lenel, *Edictum*², § 48 ; Girard, *Manuel*⁶, p. 618 ; Cuq, *Institutions*, II, p. 457-458 et *Manuel*, p. 515-516 ; Partsch, *Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 403-422. Il est admis depuis Cujas (*Obs.*, 23, 16) que c'est le *receptum arbitrii* qui a déterminé la place, dans l'Edit, de la théorie des trois *recepta*. Ceux-ci sont groupés dans la partie introductive de l'Edit, consacrée, comme on sait, à la marche de l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, en vertu de cette idée que la convention d'arbitrage est susceptible d'arrêter le cours du procès.

(2) Le texte de l'Édit est ainsi reconstitué par Lenel, *Edict.*², p. 126 : *qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam.* Bases de la restitution : 1° l'intitulé de *Dig.*, 4, 8 ; 2° *Dig.*, 4, 8, 3, 2 ; 3° *Dig.*, h. t. 13, 3, 4.

ration : il n'est pas l'opération elle-même. L'acte générateur du droit demeure l'*arbitrium receptum* dont il reste à fixer le sens et la physionomie concrète. Or ceci nous est bien facile si nous rapprochons l'expression *arbitrium recipere* d'une expression tout à fait voisine : *causam recipere*, que nous avons déjà rencontrée dans la langue de Cicéron. De même que la deuxième veut dire « se charger effectivement d'un procès », la première doit signifier « se charger effectivement d'un arbitrage ». Dans les deux cas l'acte matériel prédomine. L'intention joue certainement un rôle, mais secondaire et effacé.

Les termes de l'édit sont donc très probants par eux-mêmes. Mais l'enseignement que nous avons cru pouvoir en déduire trouve au surplus, dans d'autres textes, de fortes confirmations. Voici par exemple un fragment d'Ulpien dans lequel celui-ci cherche à justifier l'édit qui nous intéresse :

Ulp. libro 32 *ad ed.* Dig. 4, 8, 3, § 1.

> Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec *res* libera et soluta est, et extra necessitatem jurisdictionis posita, attamen *ubi semel quis in se receperit arbitrium*, ad curam et sollicitudinem suam hanc *rem* pertinere praetor putat : non tantum quod studeret lites finiri, verum quoniam non deberent decipi, qui eum, quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt.

> *Finge enim post causam jam semel atque iterum tractatam*, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere ; quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit impleret ?

Ce texte peut-il laisser subsister quelques doutes sur la nature du *receptum arbitrii* et sur les caractères des abus que le préteur a voulu supprimer ? Il ne dit pas en effet : lorsque quelqu'un aura promis de trancher un litige ; mais : lorsque quelqu'un sera intervenu en fait dans un litige déterminé. D'autre part, l'hypothèse qu'il prévoit n'est point celle où une personne se dérobe à une promesse, mais celle où une personne, après avoir fait acte d'arbitre, à une ou plusieurs reprises, après avoir reçu les confidences des parties, pris connaissance de leurs affaires, se refuse à rendre une sentence, à trancher le procès. Le commentaire d'Ulpien ne confirme-t-il donc pas de la manière la plus nette le texte précité de l'Edit ? N'est-il pas évident que le préteur s'est moins préoccupé de sanctionner une promesse abstraite que de tirer des conséquences d'une intervention effective, d'un acte positif d'immixtion dans le litige d'autrui (1) ?

Et, si les preuves tirées de ces textes ne paraïs-

(1) C'est là d'ailleurs un caractère presque général des interventions prétoriennes. V. Girard. *Manuel* [6], p. 439-440.

saient pas suffisantes, on pourrait invoquer d'autres passages des commentaires de notre édit. L'un des plus probants à coup sûr serait un fragment d'Ulpien rapportant une opinion de Sextus Pedius.

Ulp. libro 32 *ad ed.* Dig. 4, 8, 13, § 2.

> Recepisse autem arbitrium videtur ut Pedius libro nono dicit qui judicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur non videtur arbitrium recepisse.

La définition est limpide. Pour qu'il y ait *receptum arbitrii*, il faut un acte d'intervention dans le litige d'autrui. Non un acte d'intervention quelconque, un essai de conciliation par exemple : mais un acte impliquant l'intention bien nette de rendre une sentence et de terminer le procès.

D'un tel point de vue, qui est celui des textes, le *receptum arbitrii* nous paraît très voisin de la *negotiorum gestio*. Comme elle, il suppose avant toute chose un acte positif d'immixtion (1). Comme elle, il exige un *animus*, à titre complémentaire : et ces similitudes sont si frappantes qu'elles nous induisent presque à voir dans le *receptum* d'arbitrage

(1) Cf. *Dig.*, 19, 5, 15 : et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod.

une espèce de gestion d'affaires, primitive ou spécialisée (1).

D'un tel point de vue également le *receptum arbitrii* et le *receptum nautarum* ne semblent plus si différents qu'on le supposait au premier abord. Bien plus, on discerne clairement l'idée juridique qui leur est commune et qui a dû déterminer le préteur à les rassembler dans une même portion de l'Edit. Dans l'un et l'autre *receptum*, qu'est-ce qui oblige le débiteur ? Ce n'est pas une promesse, mais un fait : le fait matériel d'avoir reçu une chose, d'avoir entrepris le jugement d'un procès. *Rem recepisse* vise à la fois l'une et l'autre hypothèse. Car le mot latin *res* (2), plus compréhensif que notre mot chose, englobe à la fois des réalités matérielles

(1) On ne saurait trop mettre en lumière les analogies du *receptum arbitrii* et de la *negotiorum gestio*, pour montrer le caractère réel de la première opération, la différence énorme qui la sépare d'un simple pacte. Sur la nature réelle de la *n. g.*, v. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, passim ; Huvelin in D. S., v° *Negotiorum Gestio*, et Girard, *Manuel* [6], p. 635, n. 3. Cf., à ce sujet, les expressions assez heureuses de Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, p. 148 : « Im weiteren Sinn bezeichnet *negotium gerere* den Vertrag überhaupt, mitunter jedoch mit der Nuance dass durch die Vorleistung des einen Kontrahenten Klagbar gewordenen Geschäft,... im Gegensatz zum *nudum pactum* bezeichnet werden soll. »

(2) S. le sens très compréhensif du mot *res*, v. Bréal et Bailly, *Dict. étymol. lat.*, h. v°. Le mot manque en grec. Mais il se retrouve dans l'Inde, avec le m. sens et sous la m. forme : *râs*. — Sens fondamental en lat. et sscrit : *propriété* (*res familiaris*, *patria*). Sens dérivés : 1° toutes les branches de l'*activité* humaine (res rustica, militaris, etc.) ; 2° plus spécial. : une *affaire*, un procès. — (Sens différents indiqués par P. Regnaud, *Dict. étymol.*, et Freund, *Dict. lat.*, qui rattache *res* au grec ῥῆμα = ce dont on parle, cf. l'alld : *Sache* de *sagen*).

et juridiques, les bagages que reçoit l'aubergiste tout aussi bien que l'arbitrage qu'entreprend un particulier.

Un texte montre à merveille la similitude interne des deux opérations. C'est un fragment d'une loi d'Ulpien (1), citée et commentée plus haut :

> Ubi semel quis in se receperit *arbitrium* ad curam et sollicitudinem suam hanc REM pertinere praetor putat.

Qu'on remplace le mot *arbitrium* par le mot *mercedem* et la phrase d'Ulpien, faite pour le *receptum arbitrii*, pourra s'appliquer telle quelle au *receptum nautarum*. N'en résulte-t-il pas jusqu'à l'évidence que les deux opérations sont au fond indentiques, que dans toutes deux c'est la *res* (2),

(1) *Dig.*, 4, 8, 3, 1.

(2) Le caractère réel du *r. arbitrii* apparaît sous un autre p. de vue : celui des analogies qui existent à Rome entre la fonction d'*arbiter* et celle de *sequester*. L'arbitre romain = primitivt surtout : le séquestre, le dépositaire de la chose litigieuse. Il se peut qu'ainsi que l'admet Wlassak in *P. W.*, I, 408, les rôles d'arbitre et de séquestre aient été d'abord impossibles à distinguer (cf. aussi Cuq, *Institutions*, II, p. 397). La remise de la chose litigieuse pourrait donc avoir été aussi, au moins dans les débuts, la cause de l'obligation de rendre une sentence. S. les analogies des rôles d'arbitre et de séquestre, v. 1° p. l'ép. de Plaute, E. Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, p. 317-318 et 423-427 et les t. cités (*Rudens*, 4, 3, 65-66 : *nisi das sequestrum aut arbitrum, quojus haec res arbitrata fiat ; ibid*, 78-79 : *nisi pars datur aut ad arbitrum reditur aut sequestro ponitur ;* cf. aussi *Vidul.*, 8 et 9 ; *Mercat.*, 4, 11-12 ; 2° p. l'ép. class. Ulp., 13, *ad ed.*, au *Dig.*, 4, 8, 11, 2 : *quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit*, etc. V. en gén. s. la question Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 606-608.

la *res recepta* (1), qui oblige cette même *res* dont Wlassak a montré l'importance décisive dans l'histoire du mandat et de la *negotiorum gestio* ?

II

La loi 3, § 1 au Dig. 4, 8 permet donc de dresser un parallèle saisissant entre les deux formes de *receptum* que nous avons examinées jusqu'ici —

(1) La connexité des idées d'*arbitrium* et de *res* apparaît dans les textes d'une manière spéciale et assez mystérieuse, relevée par M. P.-F. Girard, *Organ. jud.*, p. 95, n. 4 : il semble, d'une part, que l'opposition connue des *lites* et des *jurgia* corresponde plus ou moins à cette autre opposition faite par divers textes entre « les actions où l'on dit *lis* et celles où l'on dit *res* » (v. Cic., *pro Murena*, 12, 27 ; Varro, *de L. L.*, 7, 92, et surtout Nonius citant Cicéron in Bruns, *Fontes*, II, p. 66-67). Il est, d'autre part, établi que les seuls cas certains de *jurgia* sont des cas où les jurés sont des arbitres, quoiqu'il ne soit pas certain que l'on puisse généraliser (v. Girard, *l. c.*). Mais il est en tout cas permis de présumer que les idées de *jurgium*, d'*arbiter* et de *res* étaient corrélatives. — Est-il possible de rendre compte, au moins par voie d'hypothèse, d'une telle solidarité ? 1° Pour celle des idées d'*arbiter* et de *res*, on peut l'expliquer aisément en tenant compte des cas avérés de nomination d'arbitre tels qu'ils sont indiqués, p. ex., par M. Girard, *l. c.*, p. 94, n. 4 : *a. finium regundorum, familiae erciscundae, aquae pluviae arcendae ; arbitrium lili aestimandae* consécutif à la *legis actio sacramenti in personam* ; évaluation des fruits intérimaires du *sacramentum in rem*. Dans tous ces cas, il y a une *res* à partager ou à évaluer, que l'arbitre doit recevoir ou sur laquelle il doit se rendre (cf. le rôle de l'*arbiter* primitif, qui ne serait autre que celui d'un expert-juré, selon une conjecture émise par Rudorff et généralement adoptée ; v. Girard, *l. c.*, p. 82, n. 2). 2° Quant à la solidarité probable des idées de *jurgium* et d'*arbiter*, elle peut s'expliquer au moyen de notions analogues, l'idée de *res* servant précisément à établir cette solidarité. Les *jurgia* intervenant, d'après Nonius, soit *inter benevolos*,

celui des *naulae caupones* et celui des arbitres — sous le rapport des obligations juridiques, que ces *recepta* établissent à la charge du *recipiens*. Mais, dans l'intérêt de la thèse que nous soutenons ici, il convient de pousser plus loin une telle comparaison. Elle nous prouvera que, dès les origines de notre institution (sur lesquelles le texte d'Ulpien ne saurait nous renseigner d'une façon un peu sûre), les obligations du *nauta* et de l'*arbiter* se présentaient sous des espèces très sensiblement identiques : celles d'une obligation des plus *strictes* (de restitution d'une chose ou de jugement d'un litige) à laquelle le débiteur ne pouvait, sous aucun prétexte, prétendre se dérober. Aucune excuse, si pressante fût-elle, n'était tenue pour recevable. Le *recipiens*, par le seul fait de la remise, devait nécessairement s'acquitter. Et ce mode très rigoureux d'obligation, que l'on a rapproché parfois de nos modes actuels de responsabilité objective (1), est celui que l'on

soit *inter propinquos* (actions divisoires), supposent plus ou moins un accord préalable des parties, ayant pour objet la nomination d'un arbitre et la remise à celui-ci de la *res* à partager ou à évaluer.

(1) La notion de responsabilité objective apparaît fréquemment dans le droit honoraire, ainsi : 1° dans nos édits sur les *recepta ;* 2° dans l'édit édilicien sur les ventes d'esclaves, cf. Ulp., au *Dig.*, 21, 1, 1, 2 : *Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint : dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere ;* 3° et aussi dans l'édit sur la gestion d'affaires à en juger d'après les termes de cet édit rapporté par Ulpien au *Dig.*, 3, 5, 3, pr. Cette responsabilité objective du droit honoraire se rapproche de la même responsabilité de notre droit actuel en ce qu'elle repose sur l'idée de risque. Elle en diffère en ce qu'elle est une formation archaïque et non le produit d'une civilisation raffinée. Cf. s. ce point, la thèse d'E. Vernay sur *Servius*, passim.

désigne généralement du nom de *custodia*. Originairement, croyons-nous, cette dure responsabilité pesait semblablement sur le *nauta* et sur l'arbitre. Il en résulte qu'entre les deux opérations existait, dès le principe, une similitude interne. La mesure et la signification de cette *custodia* sont ici d'autant plus importantes à préciser.

Le texte précité d'Ulpien (1) ne peut, nous le répétons, nous renseigner sur cette *custodia*, ou tout au moins sur ses origines. Il dit, en effet, que l'arbitre est astreint à faire preuve de diligence *(cura et sollicitudo)* dans l'exercice de la fonction qu'il a librement assumée. Il semble en résulter, par *a contrario*, que l'arbitre n'est pas tenu de faire davantage, que s'il se montre diligent il pourra se trouver éventuellement affranchi de son obligation de rendre une sentence. Or, si la chose est vraie au temps d'Ulpien, elle l'est beaucoup moins à l'époque classique. Elle est certainement inexacte pour celle qui a précédé cette dernière époque. Tout ceci ressort nettement d'un autre fragment d'Ulpien qui forme la loi 15 au même titre (2). Ce texte met tout d'abord en relief le caractère absolu d'obligation qui

(1) Dig., 4. 8, 3, 1.

(2) Ulp., 33 *ad ed.*, *Dig.*, 4, 8, 15 : *Licet autem praetor destricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem ejus habere debet et excusationem recipere causa cognita : utputa si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, aut si aetas aut valetudo quae postea contigit id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propriorum vel profectio urguens aut munus aliquod rei publicae : et ita Labeo.*

pèse sur l'arbitre en vertu des dispositions prétoriennes sur le *receptum*. Puis, il indique certains tempéraments d'équité apportés à cette rigueur par Labéon et sans doute adoptés ensuite par la pratique.

Deux propositions se dégagent en conséquence du texte dont il s'agit.

1° Avant Labéon, celui *qui arbitrium recepit* ne peut en aucun cas se refuser à rendre une sentence.

2° Depuis Labéon, il peut s'y refuser lorsqu'il est en situation d'invoquer certains cas de force majeure (*aetas*, *valetudo quae postea contigit*, *profectio urgens*, etc.) ou certaines circonstances exceptionnelles (*si fuerit infamatus a litigatoribus*, etc.).

La responsabilité de l'arbitre dépasse donc, dans ses débuts, la portée d'une simple obligation de montrer quelque diligence. C'est une véritable responsabilité objective. Et elle conserve ce caractère, dans une large mesure, même après les innovations introduites par Labéon. Ce jurisconsulte ne supprime, en effet, la responsabilité édictale qu'en face de certains événements extérieurs, de nature franchement objective, ne dépendant en aucune manière de la volonté des intéressés.

Or, la responsabilité du *nauta*, du *caupo*, du *stabularius* fut conçue originairement d'une manière aussi rigoureuse. Et ici encore ce fut Labéon qui préconisa certains palliatifs aux rigueurs du droit prétorien. Ces deux propositions se dégagent nettement de la loi 3, § 1 au Dig. *nautae*, *caupones*, *stabu-*

larii (4, 9) (1). Nous y voyons clairement énoncé que, tandis que le dépositaire répond de son dol, le locataire de sa faute, le *nauta* est tenu en toute hypothèse, quelle que soit la diligence dont il ait fait preuve, dans la surveillance des effets ou des marchandises qui ont été apportées à son bord. Nous voyons aussi, dans notre loi, que Labéon crut devoir adoucir cette responsabilité trop sévère, et cela par des tempéraments d'équité tout à fait analogues à ceux dont il fait par ailleurs bénéficier l'*arbiter*. Tempéraments conçus de manière très objective, se résumant dans l'idée de *vis divina* ou de force majeure (2) (incendie, naufrage, etc.), complètement étrangers aux dispositions psychologiques du patron du navire, à la vigilance plus ou moins grande que celui-ci a pu exercer.

(1) *Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari.*

(2) Il semble bien que la systématisation de la théorie de la force majeure soit due, en grande partie, à Labéon. L'influence de ce jurisconsulte sur la matière résulte surtout des textes suivants : *Dig.*, 2, 11, 2, 4 ; 4, 8, 15 ; 4, 9, 3, 1 ; 9, 2, 29, 3 ; 14, 2, 2, 3 ; 14, 2, 10 ; 19, 2, 13, 1, 7 et 8. Principe commun à tous ces textes : la force majeure libère le débiteur. L'introduction de la théorie est d'ailleurs plus ancienne et date probablement de Servius Sulpicius, qui donne la définition de la *vis major* : omnis vis cui resisti non potest (*Dig.*, 19, 2, 15, 2), et de son élève Alfenus Varus, qui en fait l'application dans le fr. 30, 4, h. t. Cf. Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 829-835. A cet égard, l'école servienne paraît avoir ouvert la voie à l'école proculienne, selon la supposition d'ensemble émise par Vernay, *Servius et son École*. Il est permis par ailleurs de considérer que la théorie de la force majeure ne fut point accidentellement préconisée par Labéon, mais qu'elle se déduit des principes généraux de la doctrine proculienne. En effet : 1° elle suppose un *ordre normal des choses* à laquelle la *vis divina* vient seule

Ainsi les mêmes modes de responsabilité, le même développement historique que nous avons relevés plus haut en fait de *receptum arbitrii*, se laissent constater aussi de la manière la plus nette dans le domaine du *receptum nautarum*. Ici comme là, le second stade de l'évolution résulte de l'innovation doctrinale du jurisconsulte Labéon faisant intervenir la théorie de la force majeure, afin de neutraliser certaines solutions trop choquantes du droit en vigueur.

La même responsabilité édictale, fort strictement organisée, pèse donc originairement sur le *nauta*, le *caupo*, le *stabularius* de même que sur l'arbitre. La similitude interne des deux *recepta* que nous avons étudiés jusqu'ici s'en trouve, sinon démontrée, du moins rendue vraisemblable. Or, ces vraisemblances augmentent encore si l'on tient compte de ce fait que la responsabilité, à caractère objectif, qui grève le *nauta*, aussi bien que l'arbitre, existe également dans le troisième des *recepta* honoraires : celui des *argentarii*. Nous devons nous borner ici à de simples indications, puisque aussi bien l'étude de ce

parfois déroger ; 2° elle est d'essence *analogiste*, en ce qu'elle admet des solutions globales et ne distingue point selon les débiteurs ; 3° elle est probablement d'importation hellénique, cf., en effet, *Dig.*, 19, 2, 25, 6 ; 4° elle suppose, par sa dénomination même (vis divina, θεοῦ βία), une intervention active de la divinité dans les choses humaines qui paraît plus conforme à l'aristotélisme proculien qu'au stoïcisme matérialiste de l'école sabinienne. S. tous ces points qui constituent, croyons-nous, le principe de l'opposition des écoles de droit à Rome, v. Huvelin, *Furtum*, I, p. 762-780, et Schanz, *Philologus*, 42 (1884), p. 308-318).

dernier *receptum* fera l'objet du prochain chapitre. Contentons-nous, pour l'instant, de noter que l'*argentarius qui recepit* est tenu de cette manière, — un peu comme celui qui, de nos jours, a souscrit une lettre de change (1) —, sans qu'il puisse user des moyens de défense qu'un débiteur ordinaire se verrait en droit d'opposer. L'*inopposabilité de toute exception*, si l'on peut ainsi dire, pèse donc semblablement sur le *nauta*, le *caupo*, l'*argentarius*, l'*arbiter*. Le même mode de responsabilité leur incombe. Le *receptum* établit à leur charge une obligation des plus strictes à laquelle, en aucune manière, ils ne peuvent se dérober. L'analyse et le rapprochement de textes auxquels nous venons ainsi de procéder nous conduisent tout naturellement à des constatations d'ensemble relatives aux deux domaines que nous avons distingués plus haut.

Elles nous prouvent, d'une part, que la juxtaposition des *recepta* dans une même portion de l'Edit repose sur une similitude organique de nos trois opérations prétoriennes. La nature et la force du lien obligatoire sont les mêmes pour chacun d'eux. Responsabilité objective, inopposabilité de toute exception : tels sont, pour employer une terminalogie moderne, mais expressive, les traits bien caractéristiques qui nous ont paru communs aux trois

(1) L'expression est de M. Girard, *Manuel*[6], p. 617. Le texte fondamental est au *Code*, 4, 18, 2, 1 : *cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum.* V. s. ce t. notre chap. III.

recepta de l'Edit. Ils suffisent à établir entre ces derniers une parenté véritable. Ils suffisent à justifier la méthode édictale qui tendit à les rapprocher.

D'autre part, les textes que nous venons d'étudier nous renseignent sur la responsabilité par *custodia* dont ils constituent des applications pratiques incontestables. Ils nous indiquent à la fois sa portée originaire et certaines des transformations ultérieures de celle-ci. Il y a lieu, croyons-nous, d'utiliser ces informations et de les rapprocher des conclusions d'un ordre plus général, auxquelles ont abouti certaines monographies spéciales à la matière, afin d'établir, s'il se peut, quelques formules théoriques relatives à la *custodia*.

Il est généralement admis, depuis le *Labeo* de Pernice (1) que :

1° La *custodia* était tout d'abord un mode de responsabilité *objective* jouant dans toutes les hypothèses, même celle des cas fortuits, — souffrant toutefois une limitation : celle des cas de force majeure ;

2° A partir de Julien, et très probablement sous l'influence de ce jurisconsulte, la responsabilité de la *custodia* perdit son ancien caractère, qu'elle

(1) Pernice, *Labeo*, II, p. 339-360. Sa théorie a été notamment reprise par Biermann, *Z. S. St.*, 12 (1891), R. A., p. 33-35. Elle voit essentiellement dans la *custodia* antérieure à Julien une responsabilité absolue (*unbedingte Haftung*), limitée seulement par les cas de force majeure.

eut désormais pour support certains notions *subjectives :* celle de *faute* ou plutôt de manquement à un devoir de *diligentia*. L'on explique par cette évolution certaines contradictions des textes. Et cette théorie nous semble très vraisemblable (1) ; mais nous croyons que les textes sur le *receptum* permettent de la compléter.

Ceux-ci nous laissent en effet atteindre la période républicaine et préclassique que les théoriciens modernes de la *custodia* tiennent ordinairement en dehors de leur champ d'investigation. Ces textes nous montrent que l'idée de responsabilité objective, limitée par la force majeure, correspond sans doute

(1) La doctrine de Pernice nous paraît seule rendre compte de la contradiction des textes du Digeste, en matière de *custodia* (v. un bon relevé de ceux-ci dans Biermann, *l. c.* Voici les termes de la contradiction : *A*) D'une part les textes qui ne sont pas de Julien et ne lui sont pas postérieurs font de la *custodia* un mode de responsabilité *objective :* ainsi, avant tout, Alfenus Varus (Servius ?) au *Dig.*, 19, 2, 29 ; Labéon et Pomponius chez Ulp., *Dig.*, 4, 9, 3, 1 et aussi Celse chez Ulp., *Dig.*, 13, 6, 5, 15 et 17, 2, 52. 3. *B*) D'autre part, les t. de Julien ou postérieurs à Julien font de la *custodia* une responsabilité *subjective* fondée sur le défaut de *diligentia*. Ainsi Julien, *Dig.*, 13, 6, 19 et 20 ; Jul. chez Ulp., *Dig.*, 19, 2, 41 et 47, 2, 14, 10 ; Paul, *Sent.*, 2, 4, 3 et au *Dig.*, 18, 6, 3 ; 19, 1, 36. Cf. aussi Inst. de Just., 3, 14, 4. — La doctrine de Gaius semble hésiter entre les deux positions mais incliner plutôt vers la théorie subjective (v. Gaius, III, 205, 206, à compléter par *Dig.*, 44, 7, 1, 4. — A considérer les partisans de chacune des conceptions de la *custodia* (d'une part Alfenus Varus, Labéon, Celse le jeune, d'autre part Julien et peut-être Gaius), on peut être tenté d'ériger la divergence en question en une controverse des deux écoles. L'idée d'une responsabilité objective est d'ailleurs conforme à l'esprit analogiste, qui fut, croyons-nous, celui des Proculiens. Cf. notamment l'attitude de ceux-ci dans la controverse relative à la fixation de la puberté (Girard, *Manuel*[6], p. 159, n. 3).

à la *custodia* de l'époque de Labéon, mais qu'elle s'applique moins bien à la notion de *custodia* de l'époque classique. Ils établissent qu'avant Labéon (1), la responsabilité de la *custodia* était générale, mécanique et aveugle, et que l'intervention d'une force majeure n'était point, en ces temps anciens, susceptible de la supprimer.

Peut-être est-il permis de présumer l'existence d'une phase plus archaïque encore dans l'histoire de la *custodia*. Le nom même de celle-ci laisse, en effet, au moins supposer qu'elle était anciennement un simple *fait*, comme tel étranger au droit, et inapte à engendrer des conséquences juridiques (2). Le mot de *custodia*, à la différence de celui de *diligentia* (auquel les textes postérieurs à Julien semblent l'assimiler), n'est point représentatif d'un état ou d'une disposition psychologiques. Il désigne seulement un fait ou un ensemble de faits : fait de surveillance, de garde ou de protection. Ces remarques, qui ne sont point nouvelles, comportent, croyons-nous, des conséquences que l'on a jusqu'ici négligé d'en tirer. Il suffit pour les dégager de prendre en considération la forme ancienne du mot *custodia*, telle que Gaius et Festus nous la donnent. On sait que

(1) La loi 3, 1, au *Dig.*, 4, 9, a tout l'air, en effet, de signaler une innovation de Labéon, non une particularité de l'édit sur le *receptum nautarum*. Les termes de celui-ci sont d'ailleurs absolus.

(2) Cette idée est indiquée par Biermann, *l. c.*, p. 35. Les mots en *entia* ou *antia*, dit-il, expriment des états ou des dispositions psychologiques (cf. : *clementia*, *innocentia*, *insolentia*, *perseverantia*). *Custodia*, qui n'a pas cette désinence, désigne un fait ou un ensemble de faits.

cette forme archaïque n'est autre que CUSTODELA (1). Or, cette forme s'apparente visiblement aux formes *tutela* ou *curatela*, lesquelles se sont maintenues sans modification, jusque dans la période classique. On pressent l'hypothèse qu'une telle constatation nous invite naturellement à former. La *tutela*, la *curatela*, dans le principe tout au moins, sont des faits (ou séries de faits) de gestion ou de surveillance. La *custodela* primitive paraît avoir été de même, si nous en croyons les indications de la langue, soit un fait isolé de garde, soit un ensemble de faits de cette nature. Or, de même que la *tutela*, que la *curatela* n'engendraient originairement aucune obligation à la charge du *curator* ou du *tutor* (2), ne se pourrait-il pas que la *custodela* ancienne fût semblablement incapable de produire des effets de droit? Peut-être peut-on établir un parallèle plus étroit encore entre les deux séries d'hypothèses; la première obligation juridique imposée par le droit romain au *tutor* fut non point une obligation de *gérer* au cours de la tutelle, mais une obligation de restituer à l'expiration de celle-ci, — obligation sanctionnée, comme on le sait, par l'action *rationibus*

(1) Gaius, II, 104 : *Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aïo.* Paul. Fest., p. 51 : *custodelam dicebant antiqui quam nos dicimus custodiam.*

(2) S. les idées anciennes (excluant toute obligation positive du *tutor* ou du *curator*), v. Girard, *Organ. jud.*, p. 97, n. 1, et le t. de Servius Sulpicius, *Inst.*, 1, 13, 1 : *Est autem tutela, ut Servius definivit, jus et potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data et permissa.*

distrahendis, qui existe déjà au temps des XII Tables. L'action née du *receptum* est certainement moins ancienne que cette dernière. Mais ne semble-t-il pas qu'elle ait modifié la situation du *custos* (*nauta*, *caupo*, etc.) à peu près de même manière que l'action *rationibus distrahendis* avait aggravé autrefois la situation du tuteur. Dans les deux cas point d'obligation positive de gestion ou de surveillance ; mais une obligation absolue de restituer à l'expiration de la *tutela* ou de la *custodela*.

Si nous essayons maintenant de synthétiser les diverses notions relatives à la *custodia*, dans la mesure où elles intéressent le *receptum* de l'Edit du préteur, nous aboutirons naturellement aux propositions que voici :

1° Avant la promulgation de nos édits, la *custodia* du *nauta*, du *caupo*, du *stabularius* (et aussi, croyons-nous, celles de l'*arbiter* et de l'*argentarius*) n'étaient que des éléments de fait dénués de valeur juridique. Le terme désignait simplement l'acte matériel de garder. Il ne recouvrait aucune idée d'obligation, de garde ou de surveillance.

2° Les édits sur le *receptum* astreignirent le *custos* (*nauta*, *caupo*, etc.), non point à une obligation de surveillance ou de vigilance, mais à l'obligation très strictement comprise de restituer les objets soumis à la *custodia*. Le terme de *custodia* nous paraît alors lié à l'idée de *responsabilité objective*, — responsabilité dont aucune excuse, si sérieuse soit-elle, ne saurait libérer celui qui en est tenu.

3° Labéon au premier siècle apporte une première limitation à la responsabilité de la *custodia*, il écarte celle-ci dans les cas de *force majeure*. Mais il laisse au *custos* la charge des cas fortuits. La *custodia* demeure donc, malgré ces innovations, une responsabilité objective.

4° Elle le demeura toujours en matière de *receptum*. Mais, relativement à d'autres hypothèses de *custodia*, Julien fit au II^e^ siècle prévaloir une conception différente. Il imposa au *custos* une obligation de *diligentia* ; il admit corrélativement que le *custos diligens* serait dégagé de toute responsabilité. La *custodia* devint dès lors un mode de *responsabilité subjective*. Mais ces notions nouvelles, nous l'avons dit, ne semblent pas avoir pénétré dans le domaine du *receptum*.

Ces digressions inévitables dans la théorie de la *custodia* rendent d'autant plus nécessaire, en terminant ce chapitre, que l'on dégage les deux idées dont il fut le développement et la démonstration.

D'une part le *principe* est le même de la responsabilité du *nauta* et de celle de l'*arbiter*. L'un et l'autre sont tenus, non point en raison d'une promesse abstraite, mais en vertu d'un acte matériel de réception d'une chose, d'intervention dans un litige. La *res* — (*in se*, *in navem*) *recepta* — telle est pour tous les deux la cause de l'obligation juridique.

D'autre part, l'étendue est la même de leurs deux

responsabilités. L'un et l'autre sont tenus très strictement d'une manière automatique et objective. La force majeure (et cela depuis Labéon seulement) est l'unique excuse qu'ils puissent invoquer. La *custodia* : tel est le nom de cette responsabilité rigoureuse.

Res — custodia (1) : ce sont là les deux concepts

(1) La solidarité des deux notions de *res* et de *custodia* résulte de constatations d'expérience et de considérations rationnelles.— I. Expérimentalement on constate, en législation, que l'obligation née *re* est beaucoup plus stricte et stable que l'obligation née *consensu*, *litteris*, *ex lege* ou *ex delicto*. Ainsi : 1° les actions fondées sur l'enrichissement résultant d'un délit sont plus durables que les actions pénales ; 2° en fait de vente, depuis Julien, les obligations normales du vendeur peuvent être écartées par une convention contraire, dans la mesure où elles résultent d'un pacte sous-entendu, mais non lorsqu'elles reposent sur une base réelle, telle qu'un enrichissement sans cause. V. Jul. au *Dig.*, 19, 1, 11, 18 ; 3° en fait de contrat *litteris*, les *nomina arcaria* obligent même les pérégrins, d'après Gaius, III, 131, parce que, selon ce dernier, le principe de l'obligation qu'ils constatent est réel plus encore que littéral ; 4° dans notre droit, les obligations du dépositaire et du commodataire, ayant une origine réelle, ne peuvent être neutralisées par l'exception de compensation (C. civ., art. 1293, 2°) ; 5° l'inopposabilité des exceptions, en fait de lettre de change, s'explique notamment par cette considération que le tiré a reçu provision, qu'il est en quelque façon, selon la formule de M. Huvelin (*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 17, n. 1), détenteur des valeurs d'autrui ; 6° on peut faire valoir enfin qu'en fait d'accidents du travail les tenants de la théorie dite de la responsabilité contractuelle, voulant rendre l'obligation de l'employeur particulièrement stricte, cherchèrent, peu consciemment sans doute, à en faire une obligation *re* (= patron *tenu* de rendre l'ouvrier sain et sauf, de même qu'il l'a *reçu*), cf. Deschamps, *Locatio operarum*, in Mélanges Gérardin. — II. Rationnellement, la solidarité de la *res* et de la *custodia* se conçoit aussi nettement. On peut dire que l'obligation stricte de payer ne se légitime, en raison, que si elle succède à la remise d'une *res*. Ces exigences rationnelles sont à la base de la *querela non numeratae pecuniae* et de la théorie française de la cause.

qui résument le présent chapitre. Ils constituent le double aspect de l'identité juridique profonde qui existe, à notre sens, entre le *receptum nautarum* et le *receptum arbitrii*. Il nous faut maintenant envisager le dernier des trois *recepta* et voir si les analogies qui nous ont paru exister entre l'obligation du *nauta* et celle de l'*arbiter* se manifestent de même entre ces dernières et l'obligation plus mystérieuse qui, au temps de Justinien encore, pèse sur l'*argentarius*.

CHAPITRE III

RECEPTUM ARGENTARIORUM

La notion de *receptum* que nous avons cru pouvoir dégager des textes littéraires et appliquer à deux des *recepta* de l'Edit du préteur, peut-elle être étendue au troisième d'entre eux, au *receptum argentarii* ? L'étude de la question comporte tout naturellement : l'examen d'ensemble des textes qui s'y rapportent et le relevé des notions certaines que l'on peut tirer de ceux-ci, — puis l'analyse des théories élaborées pour trancher les difficultés soulevées par ces textes, — enfin, la recherche d'explications nouvelles, destinées, si la chose est possible, à combler, au cas échéant, les lacunes de ces théories.

I

Si l'on doit faire au *receptum argentarii* (1) une place à part dans la présente étude, ce n'est point qu'il semble avoir *a priori* une nature juridique spéciale : c'est parce que l'extrême rareté des sources qui le concernent autorise son isolement des autres fractions de l'Edit. Tandis, en effet, que les deux autres *recepta* nous sont connus par deux titres distincts du Digeste, que les édits qui les organisent sont en tout ou partie parvenus jusqu'à nous, le *receptum argentarii* n'a guère laissé de traces réelles que dans la constitution qui le supprime, dans la célèbre loi *Recepticia actione cessante* qui figure au Code de Justinien, 4, 18, *de const. pec.* c. 2. (2).

(1) Sur le *receptum argentariorum*, v. Girard, *Manuel*[6], p. 616-617 ; Cuq, *Manuel*, p. 514 s. ; Lenel, *Edictum*, § 50 et *Z. S. St.*, 2 (1881), R. A., p. 62-71 ; Valéry, *R. gén. du droit*, 1893, p. 196 s. ; et *Hist. du Pacte de Constitut*, p. 54-68; Collinet, *Ét. hist. s. le Droit de Justinien*, I, p. 270-290 ; Platon, *N. R. H.*, 33 (1909), page 5 s., 137 s., 289 s., 434 s. ; Partsch, *Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 403-422 ; Bekker, *Z. S. St.*, 3 (1882), R. A., p. 1-17.

(2) Voici exactement les sources certaines s. le receptum argentarii : 1° *C.*, 4, 18, 2 ; 2° *Inst.*, 4, 6, 8 ; 3° Théophile, *ad h. legem* ; 4° Gloss. Labb. s. v. ρεχεπτιχια, in *Thesaurus* d'Otto, III, c. 1793. La seule de ces sources qui soit vraiment profitable est celle du Code. La Paraphrase de Théophile contient des inexactitudes que nous aurons à signaler.

Quant au Digeste (1), nous doutons fort qu'il puisse nous donner sur ce dernier *receptum* beaucoup d'informations vraiment incontestables. Nous considérons certes comme établi, depuis les travaux de Lenel (2), que l'Edit traitait du *receptum* des banquiers, après avoir parlé de celui des arbitres et de celui des aubergistes. Il nous serait impossible de comprendre, sans le secours de cette hypothèse, que les trois commentateurs de l'Edit, en parvenant à notre titre, aient parlé, les uns et les autres, du paiement de la dette d'autrui. Par contre (et les deux idées, croyons-nous, n'ont rien de contradictoire) il ne nous semble nullement prouvé que les fragments du Digeste tirés des *libri ad edictum* spéciaux à notre matière, se soient directement rapportés au *receptum argentarii* (3). Ainsi, malgré l'autorité de Lenel, nous ne pouvons nous résoudre à admettre que le fr. 27 au Dig. *de pec. const.*

(1) Le Digeste, sous l'influence de la const. précitée du Code, a été fortement interpolé : toute mention du *receptum argentarii* a été supprimée.

(2) Lenel, *Z. S. St.*, 2 (1881), R. A., p. 62-71, a, en utilisant une découverte de Cujas (*Observ.*, 24, 16), retrouvé la place que le *rec. arg.* occupait dans l'Édit.

(3) Ces deux propositions (1° Le préteur traitait du *receptum arg.* en même temps que des autres *recepta* ; 2° on ne peut néanmoins discerner avec certitude les textes qui se rapportaient originairement au *rec. arg.*, les distinguer de ceux qui, dès le principe, se rapportaient au constitut) sont admises par Karlowa, *R. R. G.*, II, 1, p. 758. Celui-ci se borne à les indiquer comme infiniment vraisemblables. Mais nous croyons que l'on peut produire, au surplus, à l'appui de la seconde d'entre elles, les présomptions que nous tirons, au texte de : 1° *Dig.*, 13, 5, 28 ; 2° *Dig.*, eod. tit., 12, combiné avec *C.*, 4, 18, 2, 1.

13, 5 (1) ait, dans sa teneur primitive, concerné notre *receptum*. Le mot *invito* (*debitore*) nous semble à cet égard, péremptoire. Une opération consistant à s'engager pour autrui, *invito debitore*, en dépit de la défense formelle du débiteur, a pu être, à Rome comme ailleurs, un service d'ami, un acte de bienfaisance : ce n'a pu être, croyons-nous, une opération de banquier. De même, nous ne pouvons nous persuader que le fr. 12 au même titre fût, originairement, relatif au *receptum argentarii*.

> Sed et si decem debeantur et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri.

S'il en était ainsi, il y aurait incompatibilité complète entre ce texte et un autre texte déjà mentionné (celui-là concernant certainement le *receptum*) : à savoir le passage de la constitution du Code nous disant que la dette de l'*argentarius* était indépendante de la dette primitive, et que le banquier ne pouvait user des exceptions opposables par le débiteur (2). La difficulté serait insurmontable. Le seul

(1) Ulp., 14, *ad ed.* : *Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert : hoc amplius* etiam invito *constituere eum posse Pomponius... scribit.*

(2) Il est piquant de constater que Lenel discerne parfaitement l'impossibilité de sa restitution de *Dig.*, 13, 5, 12, en présence de la const. 2 au *C.*, 4, 18, — que, néanmoins, pour maintenir sa restitution, il n'hésite pas à sacrifier le texte du Code, à contester ses allégations. V. *Z. S. St.*, II (1881), R. A., p. 65. — Il nous semble au contraire qu'en présence d'un texte formel et incompatible avec elle, ce soit la restitution qui doive être sacrifiée.

moyen de l'esquiver est de prendre le fr. 12 tel qu'il figure aux Pandectes, d'admettre qu'il est bien relatif au constitut et ne contient pas d'interpolation.

En résumé : 1° nous reconnaissons que l'Edit et ses commentateurs s'occupaient du *receptum argentarii*, après avoir traité du *receptum arbitrii* et du *receptum nautarum* ; 2° mais nous ne croyons pas que dans les textes du Digeste on puisse trouver des informations positives, incontestables, qui, se rattachant dans leur forme actuelle au pacte de constitut, soient en réalité relatives au *receptum argentarii* (1).

Reste à savoir pourquoi les commentateurs de l'Edit, à propos de notre *receptum*, se lançaient dans des digressions sur le pacte de constitut. Sans doute, tout simplement, comme l'a dit Karlowa (2), parce que Gaius, Ulpien et Paul, en commentant ce *receptum*, établissaient des comparaisons entre lui et des institutions voisines. Le constitut, bien évidemment, était l'une de celles-ci. La fusion des institutions, opérée par Justinien au Code, était depuis longtemps sans doute préparée par des rapprochements de fait. Nous sera-t-il permis au surplus d'émettre une hypothèse ? A propos du *receptum*, les commentateurs de l'Edit ne parlent guère que du *constitutum alieni debiti*. Par contre, dans ceux de leurs livres qu'ils consacrent au pacte

(1) Ceci soit dit sous une réserve (relative à deux textes du titre *de edendo*), que nous indiquerons plus loin.

(2) *R. R. G.*, II, 1, p. 758, 759.

de constitut, c'est le *constitutum proprii debiti*, qu'ils semblent surtout envisager. Cette particularité remarquée par Lenel tient-elle tout simplement aux hasards de notre tradition ? Ne résulterait-elle pas plutôt de ce que les commentateurs de l'Edit auraient scindé la matière du constitut, étudiant la théorie générale et le *constitutum proprii debiti* dans des développements autonomes, rattachant par contre la matière du *constitutum alieni debiti* à celle du *receptum*, avec laquelle, dès avant Justinien, elle présentait, on le conçoit, les plus sérieuses analogies ?

Quoi qu'il en soit de cette supposition, la pénurie d'informations qui nous a conduit à l'émettre, nous invite à faire un relevé des notions certaines (ou que nous tenons pour telles) concernant notre *receptum*.

Le *receptum argentarii* était une opération (nous employons à dessein ce terme vague) relative à la dette d'autrui. Elle mettait en scène trois personnages : un débiteur, son créancier (1), un banquier ou *argentarius* (2). Elle avait pour effet de créer un

(1) Ces mots doivent être entendus plus largement que dans leur sens ordinaire. Lorsque Cicéron envoie de l'argent à son fils, à Athènes, par l'intermédiaire d'un argentarius, l'opération dont il s'agit (*permutatio*) n'est pas, à notre sens, autre chose qu'un *receptum* (v. infra). Il n'y a pourtant ni dette, ni créance antérieures à l'opération.

(2) S. la restriction à la dette d'autrui, v. Lenel, *L'Édit*, I, p. 150, n. 3, et *Z. S. St.*, II (1881), R. A., p. 66 (Arguments invoqués : 1° les t. s. le constitut attirés dans les commentaires de l'Édit par le *receptum* sont tous relatifs aux engagements *pro alio* ; 2° les indications de Théophile; 3° les mots : *exigebatur et si quid non fuerat debitum*, au C. de Just., lesquels ne s'expliquent guère que dans l'hypothèse d'une promesse relative à la dette d'autrui ; 4° le mot : *recipere*, qui suppose toujours une offre préalable (v. infra : l'analyse de la théorie de Bekker).

droit de créance à l'encontre de l'*argentarius*, droit sanctionné par une action perpétuelle et bilatéralement transmissible : l'*a. receptícia* du créancier contre le banquier. La validité de cette obligation ne dépendait en aucune façon de celle de la première dette. Le banquier obligé par *receptum* était tenu en toute hypothèse et ne pouvait exciper des vices affectant le rapport primitif. Enfin l'obligation du banquier pouvait exister valablement sans fixation d'aucune date (1).

A ces notions résultant des textes, on peut en ajouter d'autres qui s'y rattachent, de façon moins directe, mais dont l'exactitude, croyons-nous, a été solidement démontrée. Nous pensons notamment, en dépit de controverses qui ne sont point éteintes, que le *receptum argentarii* était certainement une opération non formelle, que son origine était prétorienne, que l'action qui le sanctionnait était une action *in factum* (2).

(1) Ces divers points résultent de la Constitution du Code.

(2) Le caractère *solennel* du *receptum* a été soutenu par Karlowa, *R. R. G.*, II, 1, p. 759, lequel se fonde, à cet effet, sur les mots : *Recepticia actione cessante quae sollemnibus verbis composita*, etc., de la Const. 2 au *C.*, 4, 18. Cette théorie a été adoptée en France par M. Platon, *N. R. H.*, 33 (1909), p. 293-298, lequel voit dans le *rec.* une « *sponsio* ayant conservé son caractère archaïque d'engagement pour autrui ». Elle a été combattue, d'une façon qui nous paraît décisive, par Lenel, *Edictum*[2], p. 127-130, suivi par MM. Cuq, *Manuel*, p. 514, n. 3, et Girard, *Manuel*[6], p. 617, n. 7, ainsi que par M. Collinet, *l. c.*, p. 283. L'insuffisance du syst. de Karlowa résulte, comme on l'a bien dit, de ce que les *sollemnia verba* sont ceux de la formule d'action et ne concernent pas l'opération juridique, — directement tout au moins. Le non-formalisme du *rec.* résulte d'autre part de ce qu'aucune diffé-

Par contre, deux points nous paraissent douteux et restent à élucider. L'un que nous négligerons pour l'instant (1) : le *receptum* pouvait-il porter indifféremment sur toute espèce de choses ? L'autre essentiel, au contraire, et qui intéresse en général l'histoire du droit du commerce : quelle était la nature du *receptum argentarii ?* En quoi consistait exactement sa force obligatoire ? Sa formation supposait-elle le concours du créancier et de l'*argentarius ?* Ou celle de l'*argentarius* et du débiteur ?

II

La théorie (2) la plus fréquemment admise voit, on le sait, dans le *receptum argentarii* un arrangement juridique entre l'*argentarius* et le créancier,

rence n'est indiquée à cet égard par Théophile, entre le *receptum* et le constitut, dans le parallèle qu'il établit. — Le caractère *prétorien* du *receptum* est, nous dit Lenel, *l. c.*, p. 129, une conséquence de sa nature non solennelle : si le *rec.* était de droit civil, il faudrait, par suite de son organisation même, le ranger parmi les contrats de droit strict. Or, il n'y a pas d'exemple de contrat de droit strict non formaliste. Mais surtout le fait que le *receptum* est spécial à la profession des *argentarii* implique nécessairement sa nature honoraire. Le droit civil n'a jamais un caractère professionnel (Lenel, *l. c.*, p. 130).

(1) Le problème sera envisagée dans la 5e partie de ce chap.

(2) Dans l'exposé des doctrines sur le *receptum argentarii*, nous ne donnons pas une place à part à la théorie de Karlowa (*receptum* = contrat formel), l'ayant examinée précédemment et devant la retrouver par la suite.

Pour employer les termes mêmes de M. Partsch (1) qui donne à cette théorie son expression la plus caractéristique, le *receptum argentarii* serait une « stipulation non solennelle », un échange de volontés abstraites pouvant se produire entre absents. Il serait une simple promesse de payer (la dette d'autrui), sans fixation de jour ni de date, promesse faite par le banquier ou le créancier, de n'importe quelle manière, de vive voix, par message, ou même par intermédiaire. Cette promesse une fois acceptée, lierait l'*argentarius* de la manière dure et stricte que nous ont indiquée les textes. Et l'on ne peut s'empêcher, en passant, de constater une certaine désharmonie entre ces effets rigoureux, mais certains, de notre opération juridique et les conditions de formation les plus libérales du monde que l'on veut lui attribuer (2).

(1) Partsch, *Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 403 sqq., emploie, pour définir le *receptum arg.*, l'expression, dans le fond contestable, peut-être, mais très significative en la forme, de « stipulation non formelle ». — Lenel, pour exprimer la même idée, use, dans *Z. S. St.*, 2 (1881), p. 70-71, de comparaisons avec la lettre de change allemande actuelle : « Das *receptum* muss... als reines, abstractes gedacht werden, ganz wie unser Anweisungsaccept ». Cf., *Edictum* ², p. 130, n. 4.

(2) Il semble, en effet, que ce soit en législation une règle constante que l'obligation purement abstraite ne puisse naître d'un simple échange de volontés. A Rome, l'oblig. abstraite de la stipulation est créée au milieu du plus strict formalisme. Et le droit allemand, qui ignore la provision (donc la cause) de la lettre de change, fait de celle-ci un acte formaliste et proscrit l'effet au porteur (cf. Potu, *L'unification du droit relatif à la lettre de change*, p. 77 s.). Quant au C. civ. all. de 1900, qui admet le contrat abstrait, il subordonne la validité de ce dernier à la rédaction d'un écrit (Saleilles, *Obligation*, n° 265). Cela ne veut pas dire que toute promesse abstraite soit nécessaire-

La pénurie de textes susceptibles d'étayer cette théorie de manière tant soit peu décisive, n'est pas assurément à elle seule un motif de ne s'y point ranger. Aussi bien sommes-nous persuadé que, dans l'état actuel des sources, toute doctrine sur la nature du *receptum argentarii* possédera, de façon inévitable, un caractère conjectural assez fortement accusé. Il n'en convient pas moins de constater que notre source principale en l'espèce (la const. précitée du C. de Justinien) ne laisse pressentir en aucune façon que le *receptum argentarii* se soit formé par simple échange de volontés. Elle ne dit même pas qu'il ait été le produit des interventions combinées du créancier et de l'*argentarius*. Le Digeste fournirait, il est vrai, de fortes présomptions en faveur de la théorie courante s'il était vrai, comme le veut Lenel, que la loi 27 (13,5), se soit rapportée, dans sa forme primitive, au *receptum argentarii*. Mais nous avons dit nos raisons de croire que l'interpolation n'était pas démontrée. Les textes faisant défaut, la théorie de Lenel et Partsch n'est en somme qu'une hypothèse. Reste à apprécier son degré de vraisemblance. Or, à cet égard, il nous semble qu'elle se heurte à de grosses difficultés.

ment formaliste. Il suffit dans certains cas, pour qu'elle soit valable, qu'elle vienne se greffer sur une opération réelle, par ex. sur une tradition (système romain des conventions de transfert jointes à la remise de la possession dont parle Saleilles, *l. c.*, n° 262). La règle générale est donc que l'obligation abstraite ne saurait naître d'une convention, si celle-ci n'est accompagnée d'un élément extrinsèque : formalités verbales ou écrites, opération réelle.

L'une d'elles est d'ordre rationnel. Elle tient au malaise que nous éprouvons à admettre qu'une opération aussi avantageuse et pratique qu'aurait été le *receptum* selon l'hypothèse de Lenel et de Partsch, soit toujours restée cantonnée dans le domaine des engagements *pro alio*, en faveur et à la place d'autrui. Selon ces auteurs, en effet, le *receptum argentarii* ne serait autre chose qu'une « promesse abstraite de payer », qu'une « stipulation sans forme ». Nulle condition restrictive ou précise ne présiderait à sa formation. Un simple échange de volontés, pouvant se produire entre absents, et voilà le banquier tenu de payer de la manière la plus rigoureuse. Si cette hypothèse est exacte, comment comprendre qu'un mode de s'obliger, aussi souple, aussi peu formaliste, aussi conforme aux besoins du commerce, aussi progressif surtout et devançant d'une manière aussi heureuse les principes de notre droit actuel, n'ait servi à l'*argentarius* qu'à promettre de payer pour autrui (1), ne lui ait jamais servi à assumer des obligations personnelles ? Comment comprendre, par ailleurs, qu'elle ait toujours conservé un caractère unilatéral, qu'elle ait permis à l'*argentarius* de devenir débiteur et non de devenir créancier ? Ce sont là des objections qui viennent naturellement à l'esprit, à l'examen de cette

(1) Le constitut, dont la nature était très souple, n'est pas demeuré relatif au *proprium debitum* pour lequel il avait été créé vraisemblablement. Il fut étendu, comme on sait, de très bonne heure, à l'*alienum debitum*.

hypothèse. Et ce sont également là des objections *a priori*, auxquelles nous ne saurions par conséquent attribuer qu'une valeur provisoire. Mais nous croyons qu'*a posteriori* l'étude attentive des textes, loin de détruire ces objections, vient au contraire les confirmer.

A cet effet, on peut faire valoir d'abord les mots *sollemnia verba* (*recepticiae actionis*) qui figurent presque au début de la constitution de Justinien. Que ces mots se rapportent à l'action, non à l'opération qui l'engendre, c'est ce que prouve jusqu'à l'évidence la seule lecture du texte. Aussi Lenel, qui fait cette remarque, a-t-il raison de contredire Karlowa qui prétend déduire de ce passage que le *receptum argentarii* aurait été un contrat formel. Il semble bien avoir raison aussi, quand du caractère prétorien de notre *receptum* il infère que celui-ci ne pouvait être une opération solennelle. Mais a-t-il également raison quand, de toutes ces prémisses, il conclut que le *receptum argentarii* aurait été une promesse abstraite, un engagement sans cause, né de la jonction de deux volontés ? C'est ici que l'argumentation de Karlowa (1) se montre plus heureuse et plus pénétrante. Les *sollemnia verba*, dont parle le Code, sont bien peut-être après tout, nous dit-il, *des* termes consacrés de la formule d'action ; mais

(1) Karlowa, *R. R. G.*, II, 1, p. 759 : « Ist denn aber so, so beweist Justinians Aeusserung, wenn sie sich zunächst auch auf die *a. recepticia* bezieht, doch die Einkleidung des der Klage zu Grunde liegenden Geschäfts in *sollemnia verba* ».

ce ne sont pas *tous* les termes consacrés dont se composait la formule. Ce ne pouvait être (et personne ne le conteste) que ceux d'entre ces termes qui servaient à décrire l'acte juridique, générateur de l'action en justice, autrement dit notre *receptum*. Qui ne voit que ces constatations impliquent une conception bien différente de celle d'une promesse abstraite ? Si le *receptum* a besoin d'être décrit, dans sa spécificité juridique et son originalité concrète, c'est qu'il est donc bien autre chose qu'un pur engagement à la fois sans forme et sans cause, lequel, par définition même, échapperait à toute description.

Et ces critiques de Karlowa nous paraissent très persuasives. Une considération, que leur auteur néglige, nous paraît, au surplus, de nature à les confirmer. Les *verba sollemnia recepticiae actionis* sont visiblement la principale des circonstances qui provoquèrent la désuétude, puis la suppression du *receptum* (1). Or, si l'on ne voit dans les *sollemnia verba* que les « termes habituels » dont se composaient les formules, il est bien difficile de comprendre qu'elles aient pu déterminer Justinien à décider cette abrogation. Car après tout l'*a. receptitia* n'était pas seule à posséder une formule précise, aux termes fixés par l'usage. L'*actio constitutoria* en avait aussi une : et la constitution de Justinien la laisse pourtant subsister. Si donc cette dernière

(1) V. le début de la const. du C. de Just.

loi supprime le *receptum*, ce n'est pas seulement parce que l'action qui en naissait avait des *verba sollemnia* dans sa formule, c'est parce que ces *verba* différaient fort de ceux des autres formules, parce que certaines de leurs particularités concrètes avaient cessé d'être d'accord avec les exigences de la vie économique. Et notre conclusion se dégage ainsi d'elle-même : si le *receptum argentarii* était, comme le veut Lenel, une simple promesse abstraite et non formelle, comment s'expliquer que les termes traditionnels de sa formule d'action aient pu paraître à ce point choquants qu'ils aient provoqué sa suppression ?

Sous un autre rapport, l'hypothèse de Lenel et de Partsch soulève des difficultés en présence des textes. Ces auteurs veulent voir dans le *receptum argentarii* une opération se formant, de manière exclusive, entre l'*argentarius* et le créancier. Mais, comme l'a dit Bekker (1), cette idée est difficilement compatible avec une particularité très nette du verbe *recipere*. Le fait de *recipere* en effet (comme celui d'*emere* ou de *conducere*) ne se suffit pas à lui-même. Il suppose un fait antérieur qui le détermine, de même que l'achat suppose la vente et la *conductio* une *locatio*, de même qu'en fait de contrats réels, l'existence d'un déposant est nécessairement impliquée par celle d'un dépositaire. Si donc l'*argentarius* est un *recipiens* (et la chose ne se conteste guère), que

(1) Bekker, *Z. S. St.*, 3 (1882), R. A., p. 8 s.

sera le créancier avec lequel il contracte, si nous en croyons tout au moins l'hypothèse que nous étudions ? La contre-partie de *recipere* dans la langue courante se trouve être *dare*, *tradere*, peut-être *offerre* (1). Mais le créancier bien évidemment ne donne, n'offre rien à l'*argentarius*. Si l'on considère uniquement les rapports de ces deux personnages (et c'est bien entre eux, selon Lenel et Partsch, que se forme l'opération), il faut admettre que le créancier joue un rôle passif, que c'est l'*argentarius* qui prend toute l'initiative. Et l'on n'arrive pas à rendre compte du sens de *recipere*. Aussi Bekker estime-t-il qu'il faut prendre résolument le contre-pied de cette hypothèse, qu'il faut voir dans le *receptum* une opération juridique se formant d'une manière exclusive entre l'*argentarius* et le *débiteur*, son client.

En résumé, la théorie de Lenel et Partsch nous semble assez peu admissible. Ses deux points fondamentaux s'accordent mal avec les textes. Il est douteux que le *receptum argentarii* ait été une promesse abstraite ; il est plus douteux encore qu'il ait été une convention de l'*argentarius* et du créancier.

La critique donnée par Bekker du système de Lenel et de Partsch nous a paru des plus convaincantes. Elle repose sur une analyse exacte du sens de *recipere*, sur l'étude approfondie des textes

(1) Ces suggestions de Bekker sont confirmées, de manière indépendante, par Freund, *Dict. lat.*, v° *recipere*. Ce verbe, à la différence de *suscipere*, se réfère toujours à une chose qui *est offerte*.

littéraires où se verbe se trouve employé. Elle établit, croyons-nous, de manière à peu près décisive que la nature du *receptum* doit être cherchée dans les rapports du banquier et du débiteur.

Par malheur, quand Bekker essaie de définir ces rapports (1), il se trouve conduit à émettre des idées beaucoup plus contestables. Il admet, en effet, que l'opération qui se forme entre l'*argentarius* et le débiteur n'est autre chose qu'un *mandat*, au sens usuel du terme. *Recipere*, dans l'Edit du préteur et dans les textes du Digeste, serait une forme abréviative pour *recipere mandatum*. Il serait la contrepartie de *mandare*, de même qu'*emere* est celle de *vendere*, que *conducere* est celle de *locare*. Le *receptum* serait donc un *mandat*, honoraire et spécialisé. Et cette conception paraît à Bekker assez compréhensive pour pouvoir englober aisément les trois *recepta* de l'Edit. L'hôtelier serait tenu parce qu'il aurait reçu du voyageur le mandat de garder les bagages, l'arbitre serait tenu de rendre une sentence parce qu'il aurait reçu le mandat de juger. L'*argentarius* serait tenu de verser une certaine somme parce qu'il aurait reçu d'un débiteur le mandat de payer à sa place.

Au simple examen de cette hypothèse, une observation se présente à l'esprit : c'est que, serait-elle fondée, cette supposition n'établirait pas, aussi net-

(1) Bekker, *l. c.*, p. 9. *Recipere*, dit-il, est la contrepartie de *mandare* : l'*a. mandati contraria* devrait s'appeler l'*a. recepticia*.

tement que son auteur paraît le croire, l'unité juridique interne des trois *recepta* prétoriens. Et en effet, même dans cette théorie, le *receptum argentarii* demeure isolé, nettement distinct des autres *recepta :* en ce sens que le banquier-mandataire (à la différence par exemple de l'*arbiter*) n'est nullement tenu envers le prétendu mandant, mais envers un tiers (le créancier) complètement étranger à l'opération juridique. Bekker ne conteste pas en effet (et l'on ne conteste guère) que l'action *recepticia* contre l'*argentarius* n'appartienne au créancier et non au débiteur. Le *receptum argentarii*, dans la théorie de Bekker, est donc un contrat en faveur de tiers (1). Nous n'entendons pas tirer de cette constatation des conclusions défavorables à l'hypothèse. Aussi bien, pensons-nous, que selon toutes les vraisemblances, la prohibition du contrat en faveur d'autrui ne dépassait guère à Rome les limites du domaine étroit de la stipulation. Nous nous bornons à remarquer que, envisagée dans ses termes mêmes, l'hypothèse de Bekker ne tranche point d'une manière décisive la question de l'unité juridique des trois *recepta* de l'Edit.

Reste à savoir si elle est fondée. Or, à cet égard, on est contraint de constater que la théorie de Bekker trouve peu d'appui dans les textes. Que les mots *recipere*, *receptum*, soient dans la langue du préteur des abréviations d'usage pour *recipere*,

(1) Ce que Bekker, *l. c.*, p. 8, admet expressément, du reste.

receptum mandatum, nous voulons bien un instant le croire. Mais nous ne comprenons point alors pourquoi, dans l'Edit et surtout dans ses commentaires, la formule analytique complète n'alterne pas parfois avec le synthétique *recipere*. Allèguera-t-on la pénurie de nos sources ? L'objection ne vaudra guère que pour le *receptum* des banquiers. Car les deux autres *recepta* nous sont très largement connus par cinquante-neuf fragments du Digeste. Or il n'est pas un seul de ces textes dans lequel on rencontre, à notre connaissance, l'expression *mandatum recipere*. Pourtant le verbe *recipere* s'y trouve souvent suivi d'un complément direct. Mais ce sont alors les mots *res*, *arbitrium*, *vestimentum*, *merces* — et jamais le mot *mandatum* — qui l'accompagnent et le précisent. Bekker a bien vu la chose : il reconnaît que les textes du Digeste donnent peu de soutien à sa conception (1). Aussi s'appuie-t-il exclusivement sur des fragments d'auteurs littéraires. N'y a-t-il pas là un vice de méthode ? Car si les textes littéraires peuvent et doivent être utilisés pour compléter les textes juridiques, n'est-il pas excessif d'admettre qu'ils soient susceptibles de les suppléer ?

Mais voici plus. Non seulement les textes du Digeste ne confirment pas la théorie de Bekker, mais il en est, parmi eux, un au moins qui l'infirme : tel est, à notre sens, le fr. 3, § 1, au Digeste, *naulae*, *caupones*, etc. (4, 9).

(1) Bekker, *l. c.*, p. 5-6.

Ulpien, dans cette loi, se demande à la suite de de Pomponius, quelle est l'utilité de l'action *in factum* donnée par le préteur contre le *nauta* ou contre l'hôtelier, étant donné que le client possède une protection d'origine civile dans les actions de louage ou bien dans celle du dépôt : *Miratur* (Pomponius) *igitur cur honoraria actio sit inducta cum sint civiles.* Et ceci fournit contre l'idée de Bekker une objection qui nous semble bien forte. Quelles sont, en effet, selon Ulpien, les actions civiles qui semblent faire double emploi avec l'action honoraire née du *receptum nautarum ?* Ce sont, nous l'avons dit, les actions de dépôt et de louage. Mais l'*actio mandati directa* ne se trouve pas mentionnée dans la liste dont il s'agit. N'est-ce pas la meilleure preuve que le *receptum* prétorien n'est point, comme le veut Bekker, un mandat d'origine honoraire ? Car, s'il en était un, comment comprendre qu'Ulpien voulant le rapprocher des institutions civiles les plus voisines, n'ait point mis le mandat au premier rang de celles-ci ?

Cette objection tirée d'un texte concret nous semble à peu près décisive. Elle n'est d'ailleurs pas la seule que l'on puisse opposer à la théorie de Bekker. On peut encore faire valoir que l'idée de mandat et et celle de gratuité sont, par essence, corrélatives (1), que pourtant les banquiers et les patrons d'auberge et de navire devaient tirer un certain profit de leur

(1) Girard, *Manuel* [6], p. 596.

négoce ou de leur trafic. On pourrait élever aussi certaines difficultés tirées du caractère de bonne foi (1) qu'avait le mandat à Rome : si le *receptum* était un mandat, d'où vient que l'*argentarius* ne pouvait se soustraire au paiement de la dette, en invoquant les exceptions dont aurait pu se prévaloir le débiteur primitif ?

De toute façon, la théorie de Bekker ne peut nous satisfaire. Pourtant son point de départ est juste : c'est entre le débiteur et l'*argentarius* que, selon toutes les vraisemblances, se formait l'opération juridique qu'était le *receptum argentarii*.

III

L'examen des doctrines émises pour *expliquer* la nature du *receptum argentarii*, nous a conduits, sinon à l'adoption pure et simple de l'une d'elles, du moins à l'admission de trois idées précises, mais d'un caractère fort différent. Deux d'entre elles ont un aspect négatif : 1° le *receptum argentarii*

(1) On pourrait dire peut-être, il est vrai (ce que Bekker ne fait pas, d'ailleurs), qu'en fait de mandat, comme en fait de vente, le caractère de bonne foi de l'action aurait été le fruit d'un développement. Mais les textes, ici, font, semble-t-il, défaut. — D'ailleurs, l'objection serait-elle ainsi levée que la théorie de B. nous semblerait toujours peu admissible, pour les autres motifs que nous indiquons au texte.

n'est pas un mandat reçu par le banquier ; 2° ce n'est pas une promesse abstraite de payer une certaine somme. La troisième des trois notions est d'ordre plus positif : c'est entre le débiteur et l'*argentarius* que se formait, selon toutes vraisemblances, l'opération bancaire qu'était notre *receptum*.

La sobriété de ces conclusions a quelque chose de décevant. Elle contraste étrangement avec la longueur des analyses de doctrines qui nous ont conduit à les formuler. Et, devant la stérilité relative d'une telle recherche, on en vient à se demander s'il ne serait pas préférable de se dégager des théories précédemment produites et de reprendre sur de nouveaux frais l'étude de la nature du *receptum argentarii*. C'est ce que nous voudrions tenter de faire, en utilisant non seulement les conclusions que nous venons d'émettre, mais aussi et surtout l'analyse que nous avons donnée de l'élément obligatoire dans le *receptum nautarum* et le *receptum arbitrii*.

On se rappelle que le fait générateur de l'obligation du *nauta*, du *caupo*, du *stabularius* et de l'*arbiter* nous était apparu comme un acte de réception (d'une chose) ou d'immixtion (dans un litige), nullement comme une promesse abstraite de conserver une chose ou de juger un procès. La *res*, non la convention : telle nous avait semblé être dans les deux premiers *recepta* la cause du rapport juridique. Or, cette conception qui, croyons-nous, rend

seule compte du *receptum* des *nautae* et de celui des arbitres, ne pourrait-elle pas être appliquée à la troisième de nos opérations prétoriennes? Le *nauta*, le *caupo* sont obligés, non parce qu'ils ont *promis*, mais parce qu'ils ont *reçu*. L'*arbiter* est tenu de même parce qu'il s'est immiscé en fait dans un certain litige. L'*argentarius* ne serait-il pas tenu semblablement parce qu'il aurait reçu quelque chose? La *res* (non le *consensus*) ne serait-elle pas, ici comme là, l'élément générateur de l'obligation?

Telle est l'hypothèse (1) qu'il nous semble bien tentant d'émettre : hypothèse que les informations dont on dispose aujourd'hui ne permettent pas de transformer en certitude, mais à laquelle elles donnent, à notre sens, un caractère de vraisemblance bien déterminé.

Nous nous étendrons peu sur les arguments d'analogie dont il est possible de l'étayer. Ils ne sont pas exempts de toute pétition de principe : et

(1) L'idée que nous développons au texte forme exactement l'antithèse des théories allemandes sur le *receptum*, en ce qu'elle fait de ce dernier une opération réelle et non une promesse abstraite, formaliste (Karlowa) ou non formaliste (Lenel et Partsch). — Elle procède, au contraire, très directement des théories émises par les historiens français du droit commercial : 1° soit par M. Valéry (*Hist. du Pacte de constitut*, p. 64-66), qui voit le principe de l'obligation, en matière de *receptum*, dans une *inscription* sur les livres du banquier, inscription faite selon certaines règles imposées par l'usage et constatant des dépôts en banque et des ordres de paiement ; 2° soit par M. Huvelin (*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 20, n. 1), qui voit le principe de l'obligation dans la *déclaration* du banquier qui dit qu'il se tient pour couvert (*receptum habere*), qu'il se regarde comme ayant reçu les valeurs nécessaires pour payer la dette, déclaration vraie ou fausse, mais

leur valeur probante s'en trouve diminuée. On conviendra toutefois que la supposition formulée puise *a priori* quelque vraisemblance dans le fait que, mieux que toute autre, elle permet de conférer au *receptum* de l'Edit une réelle unité juridique : elle fait, en effet, de la réception d'une *res*, l'élément générateur du rapport de droit. Elle place la source de celui-ci, non dans une promesse d'exécuter quelque chose, mais dans le fait de cette exécution. Cette supposition est, nous avons tâché de le démontrer, pleinement confirmée par les textes, en ce qui touche le *receptum nautarum* et le *receptum arbitrii*. Relativement au *receptum argentarii*, elle ne peut aussi solidement s'appuyer sur eux. Mais l'analogie des autres *recepta* n'établit-elle pas à son profit une très forte présomption de vérité ?

Les arguments de philologie ont plus de force logique ; mais nous renverrons, en ce qui les concerne, à l'analyse que nous avons faite de la doctrine de Bekker qui les a bien mis en valeur. Ils se

efficace dans les deux cas. — L'hypothèse que nous énonçons au texte s'écarte toutefois de ces deux conceptions en ce qu'elle place l'élément obligatoire du *receptum argentarii* dans le *fait matériel* d'avoir reçu des espèces, et non pas seulement dans la déclaration de les avoir reçues ou dans l'inscription tendant à constater le versement. Ou plutôt, loin de s'opposer à elles, elle surenchérit sur elles. Elle applique rigoureusement le principe qui les domine : celui d'une promesse appuyée sur une provision. Comme elles, elle tend à confirmer historiquement la conception française de l'effet de commerce et la théorie de la provision. S. la valeur comparée des diverses conceptions législatives de la lettre de change et sur les mécomptes qu'a provoqués en Allemagne la théorie de la dette abstraite, v. Potu, *L'unification du droit relatif à la lettre de change*, p. 82-91.

résument, rappelons-le d'un mot, dans cette proposition difficilement contestable que le fait de *recipere* ne se suffit pas à lui-même, qu'il suppose un fait antérieur et corrélatif de *dare* ou d'*offerre*. Cette vérité d'évidence est pourtant souvent méconnue, Bekker l'a dégagée ; mais il en a déduit une théorie sur le *receptum* qui nous a semblé fort peu admissible. Ne pourrait-on en tirer parti d'une manière plus heureuse en voyant dans la *datio-receptio* de Bekker, non la dation d'un mandat mais la dation d'une chose matérielle : la dation-réception des deniers que le banquier Primus reçoit à son comptoir de Rome et qu'il s'engage par cela même (et non par l'effet d'une promesse abstraite) à payer à Secundus qui se trouve à Carthage, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de son correspondant ?

Ici, l'hypothèse se précise et se laisse envisager dans toutes ses conséquences. Le *receptum argentarii*, tel que nous essayons de le reconstruire, ne serait pas en effet très différent de notre contrat de change ou, pour parler d'une façon plus exacte, de l'ancien contrat de transport d'argent. L'analogie a souvent été pressentie. Mais la notion d'un *receptum*, engagement abstrait, a toujours empêché les auteurs de donner à une telle théorie toute la précision désirable. Ou plutôt (et nous allons saisir ici le sens profond de certaines conceptions doctrinales), il semble bien que les historiens allemands aient été écartés de l'hypothèse d'un *receptum*-contrat réel, par leur éducation juridique qui les incitait à voir un

acte abstrait dans la lettre de change, à rejeter délibérément la théorie de la provision.

Pour appuyer ces remarques, il convient de jeter un coup d'œil sur certaines recherches effectuées depuis trente ans en Allemagne, dans l'histoire de la lettre de change, recherches dont un article de M. Huvelin (1) permet de saisir la substance et de discerner la signification. Ces recherches concernent, pour la plupart, la lettre de change au moyen âge. L'une d'elles est consacrée au droit de change chez les postglossateurs. Or, M. Huvelin n'a pas de peine à montrer que les mieux conduites d'entre elles sont atteintes d'un vice grave, en ce qu'elles voient dans l'obligation du tiré une obligation abstraite, en ce qu'elles éliminent la théorie de la provision (2). Il est impossible, en effet, que l'on

(1) P. Huvelin, *Les Travaux récents sur l'Histoire de la Lettre de Change*, in *Annales de Droit commercial*, 1901, p. 1-30. L'un des travaux étudiés, qui suggèrent à M. Huvelin les remarques que nous indiquons, est le livre de C. Freundt, *das Wechselrecht der Postglossatoren* (1899). M. H. dit p. ex., p. 12 : « M. Freundt n'était pas préparé par son éducation juridique allemande à se poser cette question. Il voit dans l'obligation du tiré une obligation abstraite... Il laisse complètement de côté la théorie de la provision, qui, bien qu'abandonnée en Allemagne depuis que le Code de Leipzig a fondé une conception nouvelle du change, n'en a pas moins joué un rôle important dans le développement historique de notre institution. »

(2) Historiquement, M. Huvelin, *l. c.*, p. 12, voit dans la provision un élargissement de la *commenda* du moyen âge. Et ceci ressort en effet des documents de première importance publiés par Blancard, *Documents inédits sur le commerce de Marseille au moyen âge*. Mais il résulte aussi de ces derniers qu'il existait une parenté étroite entre la *commenda* et le *cambium*, toute distinction étant souvent impossible. La théorie de la provision est le produit de l'une et l'autre influence, mais se rattache, par le *cambium*, au *receptum argentarii*.

soit passé brusquement du contrat de transport d'argent, à la lettre change abstraite, telle que la conçoit le Code de Leipzig. Il est nécessaire qu'il ait existé entre les deux formations, des formations intermédiaires. La lettre de change française supposant une provision, est l'une de celles-ci. Or, les conceptions médiévales de la lettre de payement se rapprochent certainement de notre conception française. Le destinataire de la lettre (tiré) est *tenu* parce qu'il *a reçu*, ou qu'il est censé avoir reçu des espèces servant de base à son obligation (1).

L'étude critique de M. Huvelin nous montre donc quelle influence ont exercée les conceptions allemandes du change sur les travaux historiques relatifs à cette question. Mais elle fournit, en même temps, un précieux argument de droit comparé en faveur de notre hypothèse. Elle établit en effet, de la manière la plus décisive, que le droit du *cambium* ou change a son origine première dans les contrats de transport d'argent. Le banquier ou changeur du moyen âge qui se chargeait de ces transports n'en assumait pas constamment les risques. S'en char-

(1) V. à ce sujet les rem. importantes de M. Huvelin, *l. c.*, p. 14-15 : « Je ne dis pas, et avec intention : le tiré se reconnaît débiteur du tireur. Car la qualification de débiteur s'entend de celui sur qui pèse un droit personnel, au sens romain du mot. Or l'on n'a pas assez remarqué combien l'emploi de la terminologie et des conceptions romaines s'applique mal en nos matières. » — La conception de M. Huvelin nous semble très suggestive relativ[t] à la l. de ch. actuelle. Mais il nous semble aussi que, loin de contredire les traditions romaines, elle les suit fidèlement : elle reproduit trait pour trait, croyons-nous, la notion même du *receptum arg.*

geait-il ? Il y avait *cambium salvum in terra*. Au cas contraire, il y avait *cambium in risicum maris* (1). Mais le contrat où les risques étaient assumés prit bientôt la première place. Or qu'elle analyse les postglossateurs en donnent-ils ? Précisément celle qui consiste à y voir un contrat réel. Roffredus, en 1215, considère le *cambium salvum fore* comme un contrat innommé, modelé sur le schéma *do ut des*. Le transporteur est donc tenu de payer à Naples, parce qu'à Marseille il a reçu des espèces. La numération des deniers est la base de son obligation.

Or, ce contrat de transport d'argent, cette promesse de payer sur une autre place existait certainement à Rome, et nous croyons que, selon toutes les vraisemblances, c'était là notre *receptum*. Qu'il y ait existé, c'est ce que l'on pourrait conjecturer de la manière la moins hasardeuse ; mais les textes appuient par surcroît une telle supposition. Les lettres de Cicéron nous parlent en effet d'une *permutatio* qui n'est évidemment qu'une promesse de payer sur une place une somme *versée* sur une autre. Nous soulignons le mot *versée* : car les textes indiquent nettement qu'il ne s'agit pas d'une promesse abstraite, mais d'une promesse accompagnée d'une numération (2).

(1) Huvelin, *l. c.*, p. 2. Cf. s. ces diverses modalités du *cambium*, E. Bensa, *Hist. du Contrat d'assurance au moyen âge*, trad. Valéry, p. 1-10.

(2) Le travail fondamental sur la *permutatio* des Lettres de Cicéron demeure l'art. de Bekker, *Recipere und permutare bei Cicero*, in *Z. S. St.*,

Cette *permutatio* des Lettres de Cicéron ne différait donc pas sensiblement du *cambium* du moyen âge. Se confondait-elle d'autre part avec le *receptum argentarii* ? C'est ce que nous inclinons fort à penser (1). Les arguments d'analogie et de philologie examinés plus haut, nous ont en effet amené à voir

3 (1882), R. A., p. 1-17. Les textes sont : *ad Att.*, 12, 24, 1 ; 12, 27, 2 ; 15, 15, 4 ; 15, 17, 1 ; 16, 1, 5 ; 11, 1, 2 ; 11, 24, 3 ; *ad Quint. fr.*, 1 ; *ad. famil.*, 2, 17, 7 ; 3, 5, 4. Dans ces textes, nous voyons Cicéron envoyer de l'argent à son fils, étudiant à Athènes, par l'intermédiaire d'Atticus et par voie de *permutatio*. Que cette opération ait pour base un versement effectif de deniers, — donc une provision, — c'est ce qui ressort de ces t. : *ad Att.*, 15, 15, 4 : *Quare velim cures (nec tibi essem molestus si per alium hoc agere possem) ut permutetur Athenas quod sit in annuum sumptum ei : scilicet Eros numerabit ; ejus rei causa Tironem misi.* La numération de deniers que doit faire l'esclave-intendant Eros est significative.

(1) Nous ne savons si l'on doit rapporter, comme le fait Mitteis (*Z. S. St.*, 29 (1908), R. A., p. 479-480), au *receptum argentarii*, le *P. Oxyr.*, 91, l. 11 : διὰ Ἡλιοδώρου καὶ τῶν σὺν αὐτῷ ἐπιτηρητῶν τῆς ἐπὶ τοῦ πρὸς Ὀξυρύγχων πόλει Σαραπείου τραπέζης, ἧς ὑπόσχεσις ἐδόθη ὑπὸ Ἐπιμάχου (dans ce texte qqn reconnaît avoir reçu par l'intermédiaire du banquier Héliodoros les gages d'une esclave placée comme nourrice) et le *P. Oxyr.*, 513, l. 36 s : ὁμολογῶ κατὰ προσφώνησιν Ἐπιμάχου ἀσχολουμένου ὠνῇ τῆς ἐπὶ τοῦ πρὸς Ὀξ. πόλει Σαραπείου τραπέζης ἀπεσχηκέναι με κτλ. Il se peut qu'ainsi que l'admet Mitteis, l'ὑπόσχεσις et la προσφώνησις de ces textes désignent le *receptum*. Mais nous ne pouvons suivre cet auteur quand il déclare que l'opération visée par les deux papyrus est une promesse abstraite, — que les paiements dont il est donné reçu sont purement fictifs (warscheinlich ist auch die Zahlung über welche quittiert wird noch nicht durch effective Leistung des Bankiers, sondern eben nur durch sein Accept hergestellt). Pour nous, les versements mentionnés ont eu lieu très réellement. C'est la seule façon possible d'entendre les deux textes. Si donc ceux-ci concernent le *receptum*, ils favorisent, non l'hypothèse d'un' *receptum*-promesse abstraite, mais celle qui est developpée au texte : l'hypothèse d'un contrat réel.

dans le *receptum* un véritable contrat réel résultant d'un versement d'espèces. Mais ces arguments ne sont pas les seuls. Et il convient ici de développer notre démonstration.

On peut à ce propos invoquer, de manière très générale, le caractère franchement réaliste que paraissent avoir revêtu, à Rome, les opérations des *argentarii*. Ce caractère résulte du nom même de ces derniers. Le mot *argentarius*, à la différence du grec τραπεζίτης, ne désigne pas exactement un banquier, au sens français du terme (1) : il désigne, d'une façon plus générale, toute espèce de manieur d'argent. L'orfèvre, le changeur, tout aussi bien que le banquier ou trapézite, reçoivent à Rome le nom d'*argentarii*. Cette confusion dans un même mot de notions aujourd'hui différentes, est bien significative : elle est l'indice d'une division du travail, encore peu accentuée. Elle permet de présumer que l'*argentarius* romain, à la différence du banquier d'aujourd'hui, maniait directement les lingots, espèces et objets métalliques. Mais elle laisse penser aussi que ce

(1) V., s. ce point, E. Saglio in D. S., I, 1, 406, v° *argentarii*. Les orfèvres sont appelés parfois *argentarii fabri*, mais souvent *argentarii* tout court. A l'ép. class. on distingue les *argentarii* des *nummularii*, ainsi au *Dig.*, 2, 13, 9, 2. Le *nummularius* n'est qu'un essayeur public de monnaies, lequel adjoint parfois à sa fonction habituelle le métier privé de changeur. En ce sens : Mitteis in *Z. S. St.*, 19 (1898), R. A., p. 203, qui s'appuie sur des documents épigraphiques tels que *C. I. L.*, 6, 298 : *Herculi Aug. sacrum. Officinatores et nummularii officinarum argentariarum familiae monetari(ae)* ; et *C. I. L.*, 6, 8461, pour confondre le *nummularius* changeur et le *numm.* ouvrier monétaire que l'on distinguait parfois auparavant.

maniement d'ordre tout matériel était, bien plutôt qu'un mode d'opérations plus abstraites, le caractère essentiel de leur profession.

Cet élément réaliste, qui apparaît si nettement dans leur nom, se retrouve non moins nettement dans les règles de droit qui les concernent. Le principe qui les domine est que toute prétention de l'*argentarius* doit avoir une base réelle, s'appuyer, non sur une promesse abstraite, mais sur un déplacement effectif de deniers ou d'autres valeurs. En vertu de ce principe, l'*argentarius* : 1° doit faire la *compensation* (1) ; 2° doit, s'il agit *verbis* ou *litteris*, prouver la numération des espèces (2) ; 3° doit, s'il agit en paiement d'un objet vendu par *auctio*, avoir livré tout d'abord la chose sous peine d'être repoussé par l'*exceptio rei emptae non traditae* (3).

Ces principes du droit des *argentarii* n'ont rien, croyons-nous, qui puisse beaucoup surprendre, étant donné que les *argentarii* étaient souvent des péré-

(1) Telle est du moins l'explication que l'on peut donner, croyons-nous, de ce fait que la compensation fut longtemps spéciale au droit des *argentarii*. L'*argent.* devait agir *compensatione facta*, parce qu'il ne pouvait agir qu'en s'appuyant sur une base réelle. — Cf. l'exposé des doctrines s. la question dans le livre de M. C. Appleton s. l'*Hist. de la Compensation*. — Nous nous demandons à ce propos s'il ne conviendrait pas de lier étroitement la théorie du *receptum* à celle de la *compensation*, d'expliquer l'une par l'autre, d'établir entre elles une solidarité analogue à celle qui unit aujourd'hui la théorie du chèque à la pratique des virements en banque et à l'institution des *clearing houses*.

(2) Tout au moins si la théorie est exacte, selon laquelle la *querela non numeratae pecuniae* aurait été introduite à l'encontre des *argentarii*.

(3) Gaius, 4, 126.

grins. Un passage important de Gaius nous apprend en effet que les pérégrins étaient obligés, beaucoup moins par le titre (*nomine*) que *re*, par la numération des deniers (1). Et il est naturel d'en inférer que les obligations que les pérégrins voulaient invoquer en justice devaient avoir aussi une origine réelle, sous peine d'être méconnues.

IV

Nous avons développé ainsi les arguments généraux qui semblent de nature à donner quelque vraisemblance à l'hypothèse que nous formons : celle d'un *receptum argentarii* conçu comme une opération réelle. Il convient de passer maintenant à une argumentation plus précise, s'appuyant directement sur les textes de la matière. Nous ne chercherons pas, vu leur rareté, à établir qu'ils imposent, en quelque façon, la conception qui nous semble exacte. Nous espérons du moins démontrer qu'ils s'accordent bien avec elle, ou pour dire toute notre pensée, qu'ils s'accordent mieux avec elle qu'avec toute autre supposition.

Le texte qui nous semble à cet égard le plus sug-

(1) Gaius, 3, 132. Ce texte sera commenté à la fin du chap. IV.

gestif est le *principium* de la constitution (1) du Code abrogative du *receptum argentarii* :

> Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita, inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare.

Nous avons déjà rencontré ce texte. Nous avons vu que Karlowa avait voulu déduire des *sollemnia verba* qui y sont mentionnés, que le *receptum argentarii* était un contrat solennel. A quoi, nous le savons aussi, Lenel avait répondu que les *verba* considérés dans ce texte n'étaient point ceux de l'opération elle-même, mais ceux de la formule d'action : le fait que celle-ci était conçue en termes fixés par l'usage, ne pouvant, disait-il, impliquer en aucune manière, que le contrat du *receptum* lui-même se formât *sollemnibus verbis*. Par ailleurs, ajoutait Lenel, tout nous invite à supposer que le *receptum argentarii* n'était point un contrat solennel: son origine prétorienne évidente, son caractère professionnel, l'analogie des autres *recepta*, les vraisemblances tirées des usages et des nécessités du commerce.

Ces propositions de Lenel paraissent inattaquables, au moins sous leur aspect critique. Les *sollemnia verba* de la formule n'impliquent en aucune manière la solennité du contrat. Mais nous croyons

(1) *C.*, 4, 18, 2.

par contre, malgré Lenel, que les *sollemnia verba* de notre texte, tout en étant ceux de la formule, nous renseignent indirectement sur la nature du *receptum*. Nous estimons plus précisément que ces *sollemnia verba actionis* s'expliquent beaucoup moins dans l'hypothèse d'une promesse abstraite que dans celle que nous développons ici : celle d'un contrat réel.

Dans la théorie de la promesse abstraite, en effet, on arrive malaisément à concevoir quel pouvait être le contenu de nos *sollemnia verba*. Ceux-ci servaient évidemment, ainsi que le dit Karlowa et que l'admet Lenel lui-même (1), à décrire l'opération juridique d'où résultait l'*a. recepticia*, en d'autres termes que le *receptum*. Or, si ce dernier était une simple promesse, on ne voit pas bien en quoi pouvait consister une pareille description. Mais surtout, dans l'hypothèse de Lenel, on ne comprend pas comment, ainsi que le dit pourtant notre texte, les *sollemnia verba actionis* ont pu entraîner la suppression du *receptum argentarii*. Si ces *verba* mentionnaient simplement l'existence d'une convention, d'où vient qu'une indication de ce genre ait pu paraître à un certain moment contrarier les idées reçues et les pratiques de l'époque ?

(1) Karlowa, *R. R. G.*, II, 1, p. 759 : « mit den *sollemnia verba* sind ja nicht die ganzen *concepta verba*, woraus die Formel bestand, sondern nur die *verba* gemeint, welche das eigentümliche Geschäft, aus welchem die Klage enstprang nämlich das *recipere*, in der Formel hervorhoben ». Cf. Lenel, *Edictum*², p. 128.

Ces difficultés s'aplanissent au contraire si l'on admet que le *receptum argentarii* comme les autres *recepta* était une opération réelle (1). D'une part on conçoit fort bien dans une telle hypothèse quelles pouvaient être la forme et la signification des *sollemnia verba actionis*. L'objet de ces *verba* devait être tout simplement la description de l'opération réaliste et concrète qui justifiait l'exercice de l'*actio recepticia*. Il devait indiquer que l'*argentarius* avait reçu une certaine somme (2), de même que les *verba* de l'action du dépôt *in factum concepta* mentionnaient qu'un objet avait été remis au dépositaire par le déposant. D'autre part et surtout, dans l'hypothèse d'un contrat réel, on s'explique parfaitement que les *sollemnia verba* de la formule aient pu provoquer la désuétude du *receptum*. Il suffit pour cela de se référer à la pratique des *argentarii* d'une époque récente, telle qu'elle nous est révélée par la Novelle 136 : pratique qui consistait à déclarer avoir reçu d'une personne, pour être payée à une autre, une somme que l'*argentarius* n'avait pas reçue en réalité, pratique très analogue à celle du moderne

(1) Lenel, *Edictum* ², p. 128, émet cette idée très exacte que les *sollemnia verba* sont plus nombreux dans les formules d'actions qui sanctionnent des opérations réelles (le *pignus*, p. ex.) que dans les formules d'a. de certains contrats solennels (*stipulatio*).

(2) On peut, nous semble-t-il, proposer une restitution de formule telle que celle-ci : *S. p. N^m N^m, cum mensam argentariam exerceret, pecuniam q. d. a. A° A° solvi recepisse neque solvisse, judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.* Lenel ne propose pas de restitution. Nous calquons la nôtre sur la restitution qu'il donne (*Edictum* ², p. 127) de la formule de l'action du *receptum nautorum*.

effet de complaisance. Si l'on y réfléchit, la généralisation de tels usages devait être tôt ou tard fatale au *receptum argentarii* : l'*a. recepticia* qui le sanctionnait ayant sa cause juridique dans un versement effectif de deniers explicitement mentionné dans les *sollemnia verba* de la formule, contrecarrait nettement les innovations de la pratique auxquelles fait allusion la Novelle citée plus haut. L'on conçoit que, devant ces dernières, le *receptum* ait dû s'effacer.

D'un tel point de vue la suppression du *receptum* prend une signification très caractéristique. Elle fait songer à la suppression de la provision en fait de lettre de change, réalisée par la législation actuelle de certains pays étrangers. Bien plus, le déclin du *receptum* en Orient et son maintien en Occident constituent à nos yeux les termes d'un contraste analogue à celui qui oppose aujourd'hui, relativement à la lettre de change, certains pays, tels que la France, aux pays germaniques ou même anglo-saxons. On sait que la théorie de la provision (1), rejetée partiellement, en fait, en Angleterre ou en Ecosse, rejetée totalement, en droit, en Allemagne, depuis le Code de Leipzig, est par contre fermement soutenue par la doctrine et la jurisprudence française. Il n'est point impossible, à notre

(1) Cf. Potu, *L'unification du droit relatif à la lettre de change*, p. 73-77. En droit, la théorie de la provision existe en Angleterre. Mais, en fait, les effets de complaisance sont envisagés avec moins de défaveur que chez nous. V. notamment les réflexions de Stuart Mill, *Écon. politique*, III, 11, § 4.

sens, que la loi *recepticia*, au Code, ait créé une opposition du même genre entre l'Orient et l'Occident.

Le deuxième texte, qui nous semble favoriser l'hypothèse d'un contrat réel, s'il ne l'implique pas d'une manière impérieuse, est emprunté à la même constitution du Code dont il forme une partie du § 1. C'est la proposition incidente : *cum secundum receptitiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum*. On a comparé le principe de droit mentionné dans ce texte à la moderne inopposabilité des exceptions (1) : et nous croyons, en effet, qu'il présente avec elle de sérieuses analogies. L'*argentarius qui solvi recepit* ne peut, pour paralyser l'*a. recepticia*, invoquer des exceptions qui seraient opposables par le débiteur, son client. Il doit payer de toute manière, de même que le tiré d'une lettre de change actuelle. Or, cette règle caractéristique s'explique beaucoup mieux dans l'hypothèse d'un contrat réel que dans celle d'une promesse abstraite. On comprend fort bien que l'*argentarius*, dépositaire d'une valeur quelconque, soit tenu de la remettre à son destinataire, à première réquisition, sans protestation ni délai. Le caractère strict de son obligation n'a rien qui puisse nous surprendre. Il affecte les obligations de tous ceux qui détiennent les valeurs d'un autre. Il n'est, on l'a vu plus haut, qu'une application particulière du principe de la *custodia*. Les choses s'expliquent moins bien, si

(1) Girard, *Manuel* [6], p. 617.

l'on voit dans le *receptum argentarii* une pure promesse, un engagement aux côtés d'un autre, une sorte de cautionnement. On s'étonne que l'*argentarius* soit tenu plus rigoureusement que le débiteur principal, qu'il n'ait pas bénéficié des faveurs accordées par le droit romain aux divers débiteurs accessoires. Dira-t-on que le *receptum* avait précisément pour objet de prémunir le créancier contre les nullités du rapport obligatoire, connues ou inconnues de lui, qu'il craignait qu'on lui opposât ? L'explication vaudrait peut-être s'il s'agissait toujours de nullités. Mais la règle rappelée par Justinien vise aussi les cas d'inexistence absolue de la dette *(et si quid non fuerat debitum)*.

Aussi l'hypothèse d'un contrat réel nous paraît-elle rendre mieux compte de notre règle. Elle permet, au surplus, de comprendre pourquoi l'empereur Justinien décida de la supprimer. Si, comme la Novelle 136 nous autorise à le penser, le *receptum argentarii* était devenu en fait, au temps de Justinien, une promesse sans support réel, un simple effet de complaisance, le principe de l'exigibilité stricte n'avait désormais plus de base : il devait tôt ou tard disparaître et entraîner dans sa chute le *receptum argentarii*.

A ces particularités des textes (1), dont l'hypo-

(1) Deux fr. du t. *de edendo* (*Dig.*, 2, 13) pourraient bien, originairement, s'être rapportés au *receptum arg.* Ils seraient en ce cas des arguments en faveur de l'hyp. d'une opération réelle. Ce sont : 1° le

thèse d'un contrat réel nous semble bien rendre compte, on peut en ajouter d'autres d'une nature non moins probante : d'abord l'information selon laquelle l'*a. recepticia* était perpétuelle, par conséquent réipersécutoire, — puis l'information qui nous enseigne que le *receptum argentarii* demeura toujours un engagement *pro alio*. Les deux notions s'accordent bien avec le concept d'opération réelle. Si l'*argentarius qui recepit* n'était qu'une sorte de dépositaire, on conçoit le caractère perpétuel de l'action qui le menaçait. Si d'autre part il avait reçu certaines valeurs d'autrui, afin de les transmettre à un tiers, on conçoit que l'obligation qu'il avait ainsi assumée ne fût pas une obligation pour lui-même. De même que le tiré d'une lettre de change actuelle,

fr. 1, § 2, dans lequel, selon la supposition de M. Valéry, *Hist. du Pacte de constitut*, p. 65, note 2, les mots *accepta et data* ont dû être mis à la place de *recepta et data* ; 2° le fr. 6, § 3 : *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi* (Mommsen ins. : *debendi*) *obligandi solvendi sui causa negotiationem : nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere : nec si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere : hoc enim extra rationem esse : sed et quod solvi constituit* (Lenel : *recepit*), *argentarius edere debet : nam et hoc ex argentaria venit*. L'interpolation conjecturée par Lenel permet seule, croyons-nous, de donner au texte sa pleine signification, à condition de voir dans le *rec. arg.* une opération réelle. On comprend ainsi : 1° l'opposition faite par Labéon entre les deux parties du texte, l'une relative aux *negotiationes*, l'autre aux *solutiones* et remises d'espèces, dans lesquelles rentre naturellement le receptum, tel que nous l'entendons ; 2° les mots : *nam et hoc ex argentaria* (s.-ent. : *mensa*) *venit*. Ils s'entendent fort bien s'il s'agit d'un dépôt en banque soumis à une certaine affectation. Ils sont plus difficiles à comprendre, s'il s'agit du constitut, lequel étant une simple promesse de payer une dette préexistante, ne peut guère *ex mensa venire*.

il s'obligeait nécessairement à payer la dette d'autrui.

V

L'idée qui consiste à voir dans le *receptum argentarii* une véritable opération réelle nous paraît donc trouver dans les textes un appui sérieux, sinon une justification décisive. Elle cadre avec tous ces textes si elle n'est imposée par aucun. On pourrait en douter cependant devant deux catégories d'informations qui peuvent sembler, à première vue, constituer des objections contre elle.

La première de celles-ci résulte de la traduction du mot *receptum (argentarii)* par le mot ἀντιφώνησις dans la littérature juridique du temps de Justinien, ou postérieure au règne de ce prince. Ἀντιφώνησις correspond évidemment au verbe *respondere*. Il évoque l'idée d'une réponse verbale à une interrogation préalable, nullement celle de la remise d'une *res* d'où résulterait une obligation. Mais M. Collinet a bien montré (1) que le mot ἀντιφώνησις ne s'applique

(1) Collinet, *Etudes hist. s. le Droit de Justinien*, I, p. 275-277. Les arguments présentés par M. Collinet résultent ; 1° de la comparaison philologique des mots *recipere*, *constituere*, ἀντιφώνειν ; 2° de l'étude des textes de la paraphrase de Théophile ; 3° mais surtout de celle du traité antéjustinien publié par Heimbach le jeune en 1830 et reproduit

vraiment qu'au constitut, que son extension au *receptum* est une conséquence de la fusion opérée par le Code. Les sources antérieures à Justinien ne désignent jamais le *receptum* par le mot ἀντιφώνησις. La traduction adoptée par Justinien, ou tout au moins par les *antecessores* qui gravitaient autour de ce prince, s'explique à la fois par la fusion réalisée par le Code et par l'évolution historique, dont selon toutes les vraisemblances celle-ci fut l'aboutissant. Nous savons, en effet, par la Novelle 136 que les *argentarii* avaient pris peu à peu l'habitude de déclarer avoir reçu ce qu'ils n'avaient pas reçu en réalité, de se prêter, en d'autres termes, à la formation d'effets de complaisance. Dès lors la déclaration *se receptum habere* prenait le pas sur la réception matérielle (1), la notion d'ἀντιφώνησις se substituait peu à peu à celle de *receptum*. Ainsi de nos jours, l'acceptation (laquelle n'est qu'une ἀντιφώνησις) tend à devenir la pièce maîtresse de la théorie de la lettre de change. Chez nous, elle fait présumer la provision ; en Allemagne, elle la remplace. Mais histori-

par Zachariae von Lihgenthal in *Z. S. St.*, 14 (1893), R. A., p. 88-97. V. p. 92 le passage essentiel en la matière : κατὰ τοῦ ἀντιφωνήσαντος τὴν *pecuniae constitutae*. M. Collinet en conclut qu'avant la fusion du *receptum* et du constitut, réalisée par le Code, le constitut seul recevait en Orient le nom d'ἀντιφώνησις.

(1) La théorie de M. Huvelin, selon laquelle la déclaration *se receptum habere* serait la base de l'obligation juridique, dans le *rec. arg.*, est donc pleinement exacte pour le *receptum* de l'ép. de Justinien. Nous croyons qu'elle l'est aussi pour le r. de l'époque class. Mais alors la déclaration ne pouvait être fictive. Elle devait correspondre réellement à un versement de deniers.

quement son rôle est plus modeste, il est bien certain que c'est autour du concept de provision que la théorie du change s'est constituée.

La deuxième objection est plus sérieuse. Elle a pour base le texte connu de la Paraphrase de Théophile, d'après lequel le *receptum*, à la différence du constitut, pouvait porter sur toute espèce de choses et non seulement sur les *res quae pondere numero mensurave constant* (1). Il n'y a jusqu'ici rien qui puisse nous surprendre. Car, si nous avons toujours raisonné sur l'hypothèse où le *receptum argentarii* portait sur de l'argent, nous reconnaissons volontiers qu'il pouvait, selon la construction que nous en avons faite, porter sur bien d'autres choses, par exemple sur du blé, dont les *argentarii* faisaient le commerce (2) ou sur des corps certains (bijoux, pierres précieuses, etc.).

Mais Théophile ajoute, et c'est là la difficulté, que l'objet du *receptum* pouvait être meuble ou immeuble, εἴτε κινητὸν εἴτε ἀκίνητον. Notons en passant que cette information de Théophile ne se retrouve ni dans les Institutes qu'il commente, ni dans le Code Justinien (3). On la chercherait plus vainement

(1) *Institut. graeca Paraphr., ad. lib. 4, tit. 6, de act.:* Καὶ ἑτέρα δὲ διαφορὰ ὅτι ἡ μὲν pecuniae constitutae χώραν ἔχει ἥτινα ἀντιφωνηθῇ τὰ pondere numero mensura, ἡ δὲ recepticia οἱονδήποτε εἴη τὸ ἐποφειλόμενον, εἴτε κινητὸν εἴτε ἀκίνητον, ἀντιφωνήσαντος τραπεζίτου κινεῖσθαι δύναται.

(2) Cf., entre autres t., *Dig.*, 2, 13, *de edendo*, 6 : *Si quis ex argentariis, ut plerique eorum, in villa habeat instrumentum vel in horreo : aut ad locum te perducet aut descriptas rationes dabit.*

(3) Les Institutes de Justinien (4, 6, *de act.*, 8) ne disent rien de

encore dans un texte de droit classique. On pourrait donc être tenté d'y voir une de ces redondances, disons plus, de ces étourderies, dont la science des *facundissimi antecessores* n'était pas toujours bien exempte (1). Mais, même si l'on veut à tout prix reconnaître à l'information de Théophile une valeur effective et la transporter comme telle au droit antéjustinien, nous ne croyons pas qu'elle soit de nature à opposer à l'idée de *receptum*-contrat réel des difficultés bien insurmontables.

Il suffit pour en rendre compte de se référer à l'une des fonctions les plus curieuses qu'avaient à remplir les *argentarii* dans le monde romain, et cela

semblable. Quant au Code (4, 18, *de const. pec.*, 2, 1), il dit simplement que le *constitut* pourra désormais porter sur toute espèce de choses, *sive mobiles, sive immobiles, sive se moventes, sive instrumenta vel alias quascumque res quas in stipulationem possunt homines deducere.* Il résulte de ce texte que Justinien a voulu donner au constitut un domaine égal à celui de la stipulation. Il n'en résulte nullement que le *receptum* qu'il supprime pût aussi porter sur toute espèce de choses.

(1) S. ces étourderies des *antecessores* et la valeur médiocre de leurs informations sur le droit romain classique, cf. Ch. Appleton, *Hist. de la Compensation*, p. 21 sqq. V. surtout les développements que M. Appleton consacre, *l. c.*, p. 38 s., à la Paraphrase de Théophile, aux erreurs grossières dont elle se trouve affectée et qui ont pu faire penser à certains que Théophile n'était pas l'auteur de la Paraphrase. — On remarquera, dans le relevé de textes de M Appleton, que la plupart des erreurs de la Paraphrase ou même des Institutes ont pour principe l'extension indéfinie que les *antecessores* ont voulu donner à certaines règles et se manifestent matériellement par des tournures comme celles-ci : *sive alias quascumque... quod et aliis*, etc. Ainsi de la fameuse phrase des Institutes sur la compensation (*Inst.*, 4, 6, 30) : *sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque* (v. Appleton, *l. c.*, p. 49). L'extension du *receptum* aux immeubles, dans la Paraphrase de Théophile, n'est peut-être qu'une bévue de ce genre.

dès le temps de Caton et de Plaute : la direction des *auctiones*, c'est-à-dire des ventes aux enchères, volontaires ou forcées. Économiquement ces *auctiones* sont bien curieuses : elles ont pour objet de réaliser le moins mal possible l'adaptation de l'offre à la demande. Juridiquement elles nous sont mal connues. Nous savons toutefois quelle idée était à leur base : l'*argentarius coactor* n'était point un simple intermédiaire : il se substituait au *dominus negotii*. Comme tel, il recevait des patrimoines, des meubles, des immeubles, se chargeant par cela même de les vendre au plus haut prix possible. Que l'idée d'une *datio-receptio* dominât les rapports de l'*argentarius* et du *dominus*, c'est ce dont les textes font foi de manière très suffisante. Mais il n'y a pas surcroît nulle invraisemblance à admettre que la même *datio-receptio rerum vendendarum* ait servi de fondement juridique à la créance de l'adjudicataire contre l'*argentarius*. Il est en effet établi que c'est à l'*argentarius* que l'adjudicataire demandait l'*habere licere*. Comment cela pouvait-il se faire, étant donné que l'*argentarius* n'était point *dominus* de la chose vendue ? Telle est la difficulté que signale M. Platon (1) et qu'il croit actuellement insoluble. Ne se résoudrait-elle pas cependant de façon tout à fait naturelle si l'on admettait que l'acquéreur exerçait en pareil cas, non point les

(1) Platon, *Les banquiers dans la législation de Justinien*, in *N. R. H.*, 33 (1909), p. 290 s.

actions de la vente, mais l'*actio recepticia* elle-même, qu'il attaquait l'*argentarius* non point comme *venditor* (ce que celui-ci n'était point à proprement parler) mais comme *recipiens rerum vendendarum*, tenu de céder la chose au plus offrant, en vertu de l'acte de *receptio* même ?

VI

Nous avons fait valoir jusqu'ici les considérations générales ou tirées des textes, mais relatives les unes et les autres au droit romain de l'antiquité, qui nous ont paru favorables à l'hypothèse d'un *receptum* conçu comme une opération réelle. Mais d'autres considérations sont susceptibles de l'appuyer, considérations empruntées surtout aux sources du moyen âge. Elles résultent : 1° d'une part de ce que le *receptum argentarii* n'a pu disparaître dans les pays d'Occident, auxquels le Code de Justinien n'était évidemment pas applicable ; 2° d'autre part, de ce qu'en voyant dans le *receptum argentarii* un véritable contrat de change, fondé sur l'idée de provision préalable et de remise de place en place, on arrive aisément à en suivre les destinées dans le cours de l'évolution.

Nous n'insisterons pas sur la première proposi-

tion qui ne paraît point contestable (1). La deuxième comporte au contraire les développements que voici :

Au moyen âge, toutes les formations relatives au change (promesse de banquier, *cambium*, billet à ordre domicilié, traite proprement dite) supposent, croyons-nous, une provision en espèces ou tout au moins une couverture quelconque existant au profit de celui qui s'engage à payer. Elles ne procèdent donc point de l'idée d'une promesse abstraite, mais de celle d'obligation ayant pour base un versement effectif de deniers. De ce point de vue, les divers mécanismes du change médiéval, la promesse de banquier entre autres, peuvent être considérés comme des dérivations historiques du *receptum argentarii*. L'évolution dont il s'agit ne peut assurément être prouvée d'une manière positive. Mais sa vraisemblance résulte suffisamment de l'idée selon laquelle les diverses modalités du change médiéval supposaient une provision. Idée à la vérité contestée, mais dont on a rapporté, croyons-nous, la preuve à peu près décisive (2) et sur laquelle il convient maintenant de faire porter nos explications.

Envisageons tout d'abord les usages spéciaux aux banquiers du moyen âge et qui présentent à première vue des analogies évidentes avec le *receptum argentarii*. Ces usages sont au nombre de deux. D'une part *l'ordre de payement sur dépôt en banque*,

(1) S. ce p., v. Huvelin, *Ann. de dr. comm.*, 15 (1901), p. 20, n. 1.

(2) Cette preuve a été rapportée, croyons-nous, par M. Huvelin, dans l'article souvent cité des *Annales de droit commercial*.

la *promesse de banquier*, d'autre part. Le premier de ces procédés comporte bien évidemment, par suite de sa nature même, une provision préalable (de même que le chèque du droit commercial actuel). Le deuxième la comporte d'une manière moins évidente, mais cependant tout aussi certaine (1).

Le mécanisme de cette promesse de banquier est très simple. C'est un engagement dénué de formes que le banquier assume envers une tierce personne afin de rendre service à l'un de ses clients : ce dernier, désirant par exemple acheter à crédit, et ne trouvant pas de marchand qui accepte de contracter dans des conditions pareilles, demandera à son banquier de s'engager à ses côtés ou même à ses lieu et place, et de lui fournir de la sorte le crédit qui lui fait défaut. Mais, remarquons-le bien, cette promesse de banquier n'est pas une promesse abstraite. Si elle n'exige pas à proprement parler une numération préalable d'espèces, elle suppose toutefois que le banquier a été couvert par son client. La nécessité de cette couverture apparaît nettement dans les textes. Les auteurs modernes ne le contestent guère, quoiqu'ils n'attribuent pas à cette exigence l'importance théorique qu'elle paraît posséder (2).

(1) Nous suivons principalement, dans cette exposition, Carl Freundt, *Das Wechselrecht der Postglossatoren*, I (1899).

(2) Freundt, qui semble constamment assimiler la promesse de banquier à une promesse abstraite, reconnaît toutefois formellement qu'elle suppose une couverture préalable du banquier. V. *l. c.*, p. 120 : « Es erfolgt auf Grund der verschiedensten Deckungsverhältnisse

L'idée de provision ou de valeur remise se trouve donc à la base de la promesse de banquier. Constatation, disons-le en passant, dont nous n'entendons pas encore tirer des conséquences positives en affirmant qu'il y aurait un lien de filiation historique entre la promesse de banquier et le *receptum argentarii* (1). Nous nous contentons pour l'instant d'en déduire que si cette filiation venait à être établie, par des modes de preuve extrinsèques, l'hypothèse d'un *receptum argentarii* fondé sur une provision, sur une remise de valeurs préalable, s'en trouverait non point ébranlée, mais bien plutôt sérieusement raffermie.

Mais c'est surtout le contrat de *cambium* qui supposait une provision préalable, puisque aussi bien il n'était rien d'autre dans son principe qu'un contrat de transport d'argent. Qu'il se formât *ad risicum maris* ou *salvum in terra*, la chose n'importe guère, tout au moins du point de vue auquel nous nous plaçons ici. L'*instrumentum ex causa cambii* n'était autre chose qu'un titre constatant une remise d'espèces à transporter par le recevant (2). C'était un

zwischen dem ursprünglichem Schuldner u. dem Bankier. Die Deckung kann bestehen in einer gewöhnlichen Forderung des ursprünglichen Schuldners an den Bankier im Faustpfande, Bürgschaft Dritter, oder einem Guthaben auf Bankkonto. »

(1) Cette filiation historique, dont nous admettrons plus loin la réalité, a été discernée non par Freundt, qui la néglige assez singulièrement dans son étude pourtant pénétrante de la promesse de banquier, mais par M. Huvelin, *l. c.*, p. 20, n. 1.

(2) Huvelin, *l. c.*, p. 3. — L'*instrumentum ex causa cambii* est le titre que Goldschmidt, *Universalg. d. Handelsr.*, p. 417-419, appelle le billet

reçu *ex causa cambii* que le transporteur remettait à celui qui lui confiait les espèces *(tireur)* et que celui-ci faisait parvenir au tiers auquel les espèces étaient destinées *(bénéficiaire)* : reçu dénué d'ailleurs de toute valeur intrinsèque, ayant une vertu strictement probatoire, analogue à celle qui s'attache aux reçus délivrés en toute autre matière, par exemple en cas de vente ou de prêt.

L'*instrumentum ex causa cambii* est donc avant tout un reçu. Il constate une remise d'espèces (1). Et tel est aussi le caractère que présentent les lettres de change des XIII^e^ et XIV^e^ siècles, lesquelles sont avant tout des reçus ou des avis de payement. Celui qui s'engage ainsi à payer ne souscrit pas une obligation indépendante et abstraite puisant sa force dans le titre même qui sert à la constater. Il souscrit bien plutôt une obligation d'une nature toute réelle. Il est tenu de payer (ou de faire payer) à Florence, non parce qu'à Marseille il a souscrit un titre, mais

à ordre domicilié, — abusivement, dit à bon droit M. Huvelin, *l. c.*, p. 4, étant donné que le titre dont il s'agit, rédigé devant notaire, est de circulation fort difficile.

(1) Ceci apparaît clairement dans les lettres de change marseillaises publiées par Blancard, *Notes s. la lettre de change à Marseille au XIII^e^ s.*, in *Biblioth. de l'Éc. des Chartes*, 39 (1878), p. 110-128. Cf. p. ex. celle de la p. 121 : *Ego Bonaventura de Templo confiteor et recognosco tibi Raimundo Siffredo, civi Massilie, me habuisse et* recepisse *ex causa permutationis seu cambii, a te CCXX l. melgoriensium, renuncians inde exceptioni non tradite et non numerate pecunie ; pro quibus CCXX l. dicte monete promicto tibi per stipulationem dare et solvere DCCCCXXXV bisancios sarracenatos Acconis infra V dies postquam navis tua quae dicitur Sanctus Egidius applicaverit apud Acconem vel alibi causa discaricandi.*

parce qu'il y a reçu certaines espèces monnayées. La source de son obligation est donc réelle et non formelle ou littérale. La lettre de change du moyen âge suppose donc essentiellement l'existence d'une provision (1).

Cette nécessité, loin de s'abolir, se perpétuera dans l'histoire. La lettre de change du moyen âge, celle de la Renaissance et celle des temps modernes trouvent leur fondement juridique dans la théorie de la provision. Assurément cette dernière conception a perdu le caractère d'universalité qu'elle a possédé autrefois : elle est devenue en législation une notion assez contestée. Ce n'est point ici le lieu d'examiner les critiques qu'elle soulève. Bornons-nous à constater que les droits qui l'ont répudiée, le droit allemand par exemple, ont été obligés de la faire rentrer dans le cadre de leurs institutions, sous une forme déguisée et par une porte latérale, en admettant sur des bases très larges la théorie de la *condictio*.

(1) Que la théorie médiévale du change ait reposé essentiellement sur le concept de provision, c'est ce qui résulte : 1° historiquement de ses affinités avec le contrat de transport d'argent, indiquées par M. Huvelin, *l*, *c*., p. 2 ; 2° juridiquement, des formules que la doctrine du moyen âge donne à cette théorie. Les auteurs du M.-A. comparent constamment le change au *mutuum* (v. Bensa, *Hist. du contrat d'assurance au M.-Age*, trad. Valéry, p. 8) ou encore à la vente, voyant dans le *cambium* une *venditio pecuniae absentis pro pecunia praesenti* (v. Goldschmidt, *Universalg.*, *d. Handelsr.*, p. 346-347 et 404, n. 56). Dans le *mutuum*, il y a évidemment toujours remise d'espèces. Dans la vente il en est de même, au moins dans la vente *pecuniae absentis pro pecunia praesenti*.

Et, pour en revenir au *receptum argentarii* lequel surtout nous intéresse, nous pouvons maintenant dégager sans beaucoup de peine les idées fondamentales qui résument ces explications. La promesse de banquier, le mandat de payement donné à un banquier supposent tous les deux l'existence d'une couverture. Le *cambium* est dans le principe un contrat de transport d'argent. L'*instrumentum ex causa cambii* constate simplement une numération d'espèces. Toutes ces opérations, qui sont les formes médiévales et les origines historiques de notre traite actuelle, résultent d'un versement d'argent. Aussi bien l'écrit qui sert à les constater affecte-t-il la forme d'un reçu ou *recepisse* au sens actuel du terme. Les mots *recipere*, *recepisse*, *receptum* reviennent constamment dans les actes dont il s'agit (1).

(1) Nous croyons fort que les lettres de change du XIII[e] s. procèdent historiquement du *receptum argentarii*. Le mot *recepisse*, qui revient constamment dans ces lettres, est à cet égard très significatif. Voici quelques exemples : I. La fameuse lettre de change commentée par Guillaume Durant, évêque de Mende, dans son *Speculum* (1272), lib. IV, part. III, *de obl. et sol.* (ed. Basil., 1563), II, p. 343, et reproduite par Goldschmidt, *Storia universale del Diritto commerciale*, p. 334 : *Noveritis me RECEPISSE a tali dante nomine A. scholaris Bonon. residentis C libr. tur. quas promisi* (texte : *promisit*) *per me et meos socios vel societatem meam reddere Bononiae praefato scholari : vel tot libr. bonon. quae tantundem valent, habita cambii ratione.* Le rapport de fait, dit Goldschmidt, *l. c.*, p. 334-335, est celui-ci : Une personne a payé 100 livres en faveur de A. de Bologne à un marchand de Montpellier, et en retour a reçu une lettre de change avec la clause à ordre passive, pour le paiement de 100 livres. G. admet au surplus, p. 335, que le bénéficiaire de la traite avait une action pour se faire payer :

Et dès lors, si l'idée de reçu sert de base à la théorie du change au moyen âge, si elle apparaît encore dans les législations modernes qui, comme notre droit français, connaissent la provision, n'en résulte-t-il pas tout au moins des présomptions de vraisemblance en faveur de la théorie du *receptum argentarii* que nous développons dans ces pages ? Ne semble-t-il pas au moins très possible que ce *receptum* ait consisté avant tout en une remise d'espèces, dans le reçu d'une provision ? Si cette hypothèse est la vraie, diverses énigmes historiques se résolvent le plus aisément du monde. On n'a plus à se demander ce que le *receptum* est devenu dans les

une *condictio ex moribus vel ex consueludine*. Or, le rapport et l'action correspondent tout à fait à ceux du *receptum argentarii*. Cf. s., cette lettre de change, J. Valéry, *Une traite de Philippe le Bel*, p. 7, n. 4. — II. L'acte passé à Marseille le 15 avril 1248, publié par L. Blancard, *Documents inédits*, II, p. 73, reproduit et commenté par M. Valéry, *Contrats d'assurance maritime du XIII^e s.*, p. 24 : *Ego Bernardus Gontardi, campsor, confiteor et recognosco tibi, Bigorta de Montepessulano, me HABUISSE ET RECEPISSE ex causa permutacionis seu cambii a te in Massilia, III quintalia et XL rotols amigdalarum, renuncians..... promitens tibi per stipulacionem tibi dare et reddere tibi alia III quintalia et XL rotols, ad pondus de Accone, amigdalarum pulchrarum et bene recipiendarum, apud Acconem infra VIII dies postquam navis que dicitur Sicarda applicaverit apud Acconem, vel precium illud quo vendentur amigdale que postabuntur in dicte nave apud Acconem in termino supradicto ; obligans inde tibi vel tuis omnia bona, etc.* V. l'analyse de ce contrat (ramenant celui-ci à un contrat d'assurance) faite par M. Valéry. *Contrats d'assurance*, p. 25. A noter que ce dernier contrat, passé par un changeur, porte non sur de l'argent, mais sur des denrées. Ceci permet de concevoir que le *receptum argentarii* ait pu porter sur toute espèce de choses, si tant est que l'information de la Paraphrase de Théophile, commentée plus haut, mérite à cet égard quelque créance.

pays d'Occident, que le droit de Justinien n'attrignait évidemment pas. Toute solution de continuité disparaît. Les contrats de transport d'argent, les mandats de payer sur dépôt préalable, les promesses de banquier, les diverses formes de *cambium* et de traite ; toutes ces opérations fondées sur un reçu, sur une provision, sur un versement d'espèces, ne nous semblent plus que des modalités multiples du *receptum argentarii*, persistant mais renouvelé.

En conclusion, l'étude du *receptum argentarii* que nous venons de faire, en tenant compte des textes et des doctrines qu'ils ont suscitées, ne nous permet pas d'admettre que la notion de *receptum* ait été ici bien sensiblement différente de ce qu'elle était dans d'autres domaines, notamment en fait de *receptum nautarum* et de *receptum arbitrii*. Ici encore, l'idée de *res* fut, croyons-nous, prépondérante et non pas celle d'engagement.

Cette conception permet d'attribuer au *receptum argentarii* un rôle singulièrement large, soit dans la vie économique de l'antiquité, soit dans l'histoire des institutions. Elle permet de le rattacher à la *permutatio* des Lettres de Cicéron, à la pratique des dépôts en banque, au contrat littéral, à la compensation, — en somme à tous usages qui, dans le théâtre de Plaute (1) aussi bien que dans les textes juridi-

(1) Goldschmidt, in *Z. S. St.*, 10 (1899), R. A., p. 352-396, a relevé dans le *Curculio* de Plaute (II, 3, 64 s.; IV, 3, 4 s.) des pratiques tout à fait

ques, semblent avoir formé la trame de l'existence commerciale de chaque jour. Mais elle permet surtout de voir dans le *receptum* une institution qui a duré, ou, pour dire mieux, qui persiste encore. Ici, comme ailleurs, le préteur qui émettait en apparence des dispositions passagères a créé en réalité un droit que le temps n'a pu ébranler.

analogues à celle de nos effets à ordre : *Atque ei mandavi qui anulo meo tabulas opsignatas attullisset, ut daret operam ut mulierem a lenone cum auro et veste abduceret.* — Cf. Mitteis, *Trapezitika* in *Z. S. St.*, 19 (1898), p. 198-260. Il est question dans cet article de dépôts effectués dans les banques ou dans les temples, au profit de tiers qui seront admis à les retirer. Les textes cités par Mitteis sont : *Dig.*, 2, 77, 26 ; 39, 5, 31, 3 ; 16, 3, 26 pr. — (V. aussi le plaidoyer de Démosthène contre Kallippos). — Cf. enfin *Dig.*, 45, 1, 134, 2 : *Idem (Paulus) respondit cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras ejus semisses quae apud Sempronium depositae sunt, si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.*

CHAPITRE IV

RES RECEPTA

Arrivé à ce point de nos développements, nous devons abandonner la méthode analytique que nous avons suivie jusqu'ici, pour rassembler les diverses conclusions, positives ou hypothétiques, obtenues de la sorte et tenter d'établir une construction juridique de l'élément obligatoire dans le *receptum* prétorien.

I

Les conclusions positives auxquelles nous sommes parvenu concernent, de manière exclusive, le *receptum nautarum* et le *receptum arbitrii*. Il nous est

apparu jusqu'à l'évidence, à la lecture des textes, que ces deux *recepta* étaient de véritables opérations réelles, dans lesquelles le rapport de droit résultait beaucoup moins d'une convention abstraite que d'une ou de plusieurs prestations effectives et réalisées. Il nous a semblé qu'ils offraient des analogies saisissantes avec certaines opérations telles que le *mutuum*, le dépôt ou la gestion d'affaires (1), dans lesquelles l'accord des parties n'est que l'élément accessoire et la prestation d'une *res* le fait prépondérant. En ce qui touche le *receptum argentarii*, nous avons formulé des conclusions de même tendance mais d'un ordre plus hypothétique. L'absence presque absolue de textes classiques en la matière commandait une telle réserve. Et nous ne pensons pas que, jusqu'à nouvel ordre, il soit permis de s'en départir. Nous avons, du moins, tâché de montrer qu'aucun texte ne s'opposait à ce que l'on vît dans le *receptum* des banquiers une opération réelle, que

(1) S. la gestion d'affaires et son caractère réel, v. l'article de M. Huvelin in *D. S.*, v° *negotiorum gestio*, et Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio* (le chap. consacré à l'idée de *res*). Ce caractère résulte également de ce que les actions *negotiorum gestorum* furent d'abord, selon toutes vraisemblances, des *a. in factum*. V. Wlassak, *op. cit.*, p. 15-18; Lenel, *Edictum* ², p. 100-104, et *L'Édit*, I, p. 118; Girard, *Manuel*⁶, p. 635, n. 3; Cuq, *Manuel*, p. 546, n. 6. — A noter aussi, dans le même ordre d'idées, que la *n. g.* primitive avait un caractère très matérialiste ainsi qu'il résulte des termes de l'Édit (Lenel, *Edict.*, § 35) : *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.* Aucun élément intellectuel n'est pris en considération par cet édit. Et c'est ce qui a pu conduire Wlassak à admettre qu'il visait primitivement même les hypothèses de mandat (V. les réserves que font à cet égard MM. Girard et Huvelin, *l^s c^s*).

cette hypothèse se heurtait peut-être moins qu'une autre à des difficultés sérieuses, et qu'en tout cas rien, *a priori*, n'autorisait à voir dans le *receptum argentarii* une opération spécifiquement différente des deux autres *recepta* prétoriens.

On peut dès lors essayer, sous les réserves que nous venons d'émettre, de donner une théorie d'ensemble du *receptum* de l'Edit du préteur. La *res* (*in se*, *in navem*, *in mensam*) *recepta* : tel ne serait-il pas l'élément commun à ses trois modalités, celui qui oblige le débiteur dans chacune d'entre elles ? Nous avons vu quelle parenté étroite existait, d'un tel point de vue, entre le *receptum nautarum* et le *receptum arbitrii*, parenté que la loi 3 § 1 au D. *qui arbitrium receperint* (4, 8) permet d'établir d'une manière très frappante. Mais, d'un tel point de vue, une parenté plus étroite encore existerait entre le *receptum nautarum* et le *receptum argentarii*. Nous croyons, en effet, que si le *receptum* des banquiers avait, comme on l'a souvent pressenti, de sérieuses affinités avec le contrat de change, il en avait davantage encore avec le *cambium* primitif, avec le vieux contrat de transport d'argent. Et ici encore, quoique d'une façon moins décisive et plus indirecte, certaines formules juridiques pourraient bien fournir l'expression philologique de l'affinité que nous supposons. L'ancien contrat de transport d'argent, celui du moins dans lequel le transporteur assumait les risques, s'appelait en effet au moyen âge le *cambium salvum in terra*. Le *receptum nautarum* d'autre part,

dans la langue du droit honoraire, s'appelait, comme on l'a vu, le *salvum fore receptum*. Si le *receptum* des banquiers n'était originairement qu'un *cambium*, on devine quels rapports étroits pouvaient l'unir au *receptum nautarum* et justifier la juxtaposition des deux édits sur l'*album* du préteur (1).

La ressemblance du *receptum nautarum* et du *receptum argentarii* apparaîtrait plus nette encore, si on admettait que le *nauta* qui a reçu les marchandises n'est pas toujours teuu de les rendre à celui qui les a remises, mais peut être tenu de les restituer à une tierce personne désignée par le déposant. Le destinataire aurait alors à exercer l'action *in factum* établie par l'Edit du préteur. Le *receptum nautarum* pourrait donc en pareil cas, et de manière

(1) L'affinité juridique et économique du *r. nautarum* et du *r. argentarii* ne peut être appuyée de preuves directes (si ce n'est de celle qui résulte de la réunion des deux matières dans l'Édit). Mais elle se laisse, à notre sens, solidement conjecturer, à raison des considérations suivantes : 1° la comparaison des expressions *salvum fore* (*receptum*), *salvum in terra* (*cambium*), que nous établissons au texte ; 2° l'examen des actes de la pratique commerciale au moyen âge, tel qu'il peut être fait d'après les publications de L. Blancard, *Documents inédits sur le commerce de Marseille au moyen âge* et *Note sur la lettre de change à Marseille au XIII^e s.*, in *Bibl. de l'Éc. des Chartes*, 39 (1878), p. 110-128 (cf. aussi les diverses publications données par les *Archives de l'Orient latin*). Or, on remarquera dans ces actes la confusion constante du métier d'armateur et de celui de banquier (notamment à Marseille). Une confusion ou tout au moins une solidarité de même nature pouvait bien exister entre le *r. nautarum* et le *r. argentarii*. V. aussi dans le même sens l'acte de 1299 rapporté dans les *Arch. de l'Or. latin*, II (1884), 2^e^ partie, p. 6. C'est un acte de société relatif au navire *Sanctus Sirius* et aux opérations que les armateurs pourront avoir à effectuer : au premier rang de celles-ci figure le *cambium*.

accidentelle, être ce que le *receptum argentarii* était, croyons-nous, de façon normale : un contrat en faveur de tiers. Cette manière de concevoir le *receptum nautorum* n'est pas incompatible avec les textes (1). Mais elle n'est pas davantage imposée par eux. Aussi convient-il de la signaler, en passant, comme une simple hypothèse et de s'en tenir provisoirement aux analogies plus solides que l'on a indiquées plus haut.

II

Le principe qui résume celles-ci est, croyons-nous, extrêmement simple. Le préteur est intervenu en matière de *receptum* parce qu'il estimait que le fait

(1) Les termes de l'édit sont conçus en termes si généraux qu'ils n'excluent en aucune façon l'hypothèse d'un contrat en faveur de tiers : *Nautae... quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo.* Au surplus, le commentaire d'Ulpien (*Dig.*, 4, 9, 3 pr.) semble plutôt favoriser une telle hypothèse : *...etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.* Cf. aussi, même loi, § 1 : *si vero res perferendas nauta conduxit*, etc. Ces textes semblent bien viser d'autres cas que ceux auxquels on réduit d'habitude le domaine d'application du *receptum nautarum* (celui des effets personnels apportés par les passagers). Ils visent nettement le cas où le *nauta* a passé un contrat de transport, au sens actuel du terme. — Ceci nous amène à former la supposition que nous indiquons au texte, selon laquelle l'*a. de recepto* aurait pu être exercée (de même que l'*a. recepticia*) par le destinataire ou le bénéficiaire de la *res*.

de recevoir une chose ou d'entreprendre un arbitrage (*rem recipere* dans l'un et l'autre cas) engageait le *recipiens* à entourer de ses soins la *res* qu'il avait reçue. Mais la question se pose de savoir pourquoi et quand le préteur est intervenu de cette manière. Les deux problèmes sont liés de la manière la plus étroite. On doit pour les résoudre partir d'un passage d'Ulpien.

Ulp. 14 ad ed. Dig. 4, 9, 3, § 1.

Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit : si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto : sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest : si vero res perferendas nauta conduxit ex locato convenietur : sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius, depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles : nisi forte, inquit, ideo ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum : et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim pirata-

rum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari.

Ulpien se demande, on le voit, pourquoi le préteur a créé des actions *in factum* contre l'hôtelier, le maître d'écurie ou le patron de navire, alors que les actions *in jus* nées du dépôt ou du louage sanctionnaient déjà leur obligation de garder et de restituer les objets qu'ils avaient reçus. Le jurisconsulte donne à la question une réponse *a priori* et d'ailleurs tout à fait raisonnable, dont on ne sait s'il la conçoit lui-même ou s'il l'emprunte à Pomponius. Il admet qu'en créant le *receptum nautarum*, le préteur a voulu aggraver la responsabilité de droit commun (1) telle qu'elle résultait soit du dépôt, soit du louage, — substituer à la responsabilité normale du dépositaire fondée sur le dol, du *locator* ou du *conductor* fondée sur la faute, une responsabilité exceptionnelle et plus stricte englobant même les cas fortuits. L'idée de risque substituée à celle de faute ou de dol tels seraient, pour user de formules modernes, le principe et le sens de l'innovation prétorienne.

L'explication est en soi parfaitement cohérente. Elle peut d'autant plus nous séduire qu'elle met en

(1) Voici comment Ulpien analyse ces hypothèses : 1° le *nauta* ne reçoit pas de redevance. En ce cas, il y a dépôt et le *nauta* est tenu simplement de son dol. 2° Le *nauta* reçoit une redevance. En ce cas, il y a louage. Le *nauta* (en vertu de l'interversion de terminologie connue, qui tient, croyons-nous, aux origines réalistes du contrat de louage) est considéré tantôt comme un *locator*, tantôt comme un *conductor*. Cf. Girard, *Manuel* [6], p. 580-581.

jeu, par anticipation, certains principes de notre droit moderne : ceux-là mêmes qui ont permis d'élargir, au moyen de l'idée de risque, la théorie de la responsabilité délictuelle de notre art. 1382. Remarquons toutefois que l'idée d'Ulpien (ou de Pomponius) n'est qu'une explication. Son auteur ne la formule qu'en passant. Il la tire visiblement de son fonds et n'a procédé pour l'établir à nulle recherche historique (1). Comme d'autre part, Ulpien, au début du IIIe siècle, ou Pomponius, sous le principat d'Hadrien, ignoraient vraisemblablement les motifs d'un édit qui existait bien avant eux, au temps de Labéon, et plus anciennement sans doute, on doit voir dans leur explication une hypothèse *a priori* qui ne manque pas d'élégance, mais qui ne saurait avoir pour nous la même valeur intrinsèque que le témoignage de ces jurisconsultes sur des événements auxquels ils auraient assisté.

La liberté critique que nous laisse ce texte apparaît d'autant plus précieuse que l'explication qu'il nous donne soulève, à l'examen, de grosses difficultés. Cette explication fait d'une part des actions *in factum* engendrées par le *receptum*, des formations plus ou moins postérieures aux actions civiles *in jus* du dépôt ou du louage. Elle présente, d'autre part, les interventions très spéciales du droit honoraire, en fait de *receptum nautarum*, comme étant beaucoup plus récentes que les théories d'ensemble du droit

(1) Cf. les mots : *nisi forte*.

civil sur le louage et sur le dépôt. Et ces deux propositions, si l'on y réfléchit, sont bien loin d'être inattaquables. La première n'est guère conforme à l'évolution ordinaire du droit romain, qui fait apparaître les actions *in factum* avant les actions *in jus*, par exemple en fait de fiducie, de mandat, de dépôt et de gage (1). La deuxième contredit une autre loi historique dont le droit romain fournit de très nombreuses applications : loi qui veut que les interventions spéciales précèdent les dispositions générales, que les constructions d'ensemble ne soient pas le principe, mais le résultat du développement (2).

Dans son contenu, enfin, la construction d'Ulpien et de Pomponius n'est pas, autant qu'il le semble d'abord, à l'abri de toute critique. Si le louage et le dépôt existaient déjà, quand le *receptum nautarum* fut créé, on peut expliquer, jusqu'à un certain point, l'intervention du préteur au moyen d'une idée de risque : mais jusqu'à un certain point seulement.

(1) S. ce développement, v. Girard *Manuel* [6], p. 535-536. Les actions *in factum* en restitution précèdent les actions *in jus*. Cf. pour le gage, Lenel, *Edictum*, § 99. Pour le dépôt et le commodat, la dualité de formules est directement attestée par Gaius, 4, 47.

(2) V. l'exposition de cette idée dans la conclusion de l'art. de M. Girard sur *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle* in *N. R. H.*, 1884, p. 396-439. — Les applications de l'idée peuvent être trouvées : 1° dans l'histoire de la garantie d'éviction (v. Girard, *l. c.*); 2° dans celle de la garantie des vices dans la vente, les règles édiliciennes spéciales aux *mancipia et jumenta* ayant été étendues par la suite à toutes les ventes (*Dig.*, 21, 1, 1 pr.); 3° dans le domaine de l'*injuria* et surtout de la responsabilité aquilienne, le droit romain étant parti d'une notion de la responsabilité civile plus spécialisée que la nôtre.

Les actions du louage et celles du dépôt n'étaient-elles pas susceptibles, en effet, de satisfaire d'une manière très suffisante les exigences du commerce et celles de l'équité ? La souplesse que leur conférait l'idée de bonne foi ne leur permettait-elle pas de s'adapter aux conditions et aux nécessités de fait, spéciales à chaque espèce ? Et n'étaient-elles pas en cela de beaucoup préférables au recours mécanique et brutal qu'était l'action du *receptum ?* On dira peut-être qu'elles imposaient au demandeur une preuve difficile, celle du *dolus* ou de la *culpa*. Mais l'idée de bonne foi, qui leur était inhérente, donnait au juge de grands pouvoirs, lui permettant de rendre plus ou moins stricte, selon les cas, l'administration de la preuve. De toute manière, il nous semble que les moyens de droit civil nés du dépôt et du louage étaient très nettement supérieurs aux moyens honoraires nés du *receptum nautarum*.

Les doutes que ces diverses considérations suggèrent prennent plus de consistance encore, si l'on tient compte des indices de datation qu'il est possible de relever. Le *receptum nautarum* existe, nous l'avons dit, à l'époque de Labéon et depuis fort longtemps sans doute : Labéon, en effet, dans les textes que nous possédons, interprète peu notre édit. Il cherche surtout à en réduire la portée, à neutraliser par des *exceptiones doli* certaines de ses conséquences normales. N'est-ce pas la preuve que le *receptum nautarum* était une institution déjà vieille, en désharmonie relative avec le droit et l'esprit de l'époque

où il écrivait ? Par contre, si, comme il est certain, le dépôt était sanctionné au temps de Labéon, ce n'était pas de très longue date. Il était encore dépourvu de valeur juridique en l'an 709 de Rome, à la mort de César. Il ne devint obligatoire qu'après, au temps du triumvirat ou d'Auguste (1) et encore ne fut-ce sans doute qu'au moyen d'actions *in factum*. Ces indices ne permettent pas, à coup sûr, d'affirmer expressément, à l'encontre d'Ulpien et de Pomponius, que l'action du *receptum nautarum* soit antérieure à celle du dépôt. Mais ils le laissent au moins supposer. Et ils autorisent en tout cas à penser que les actions dont il s'agit sont tout au plus contemporaines. La valeur de l'explication des deux jurisconsultes s'en trouve, si l'on y réfléchit, sérieusement diminuée.

Aussi, est-il permis de se demander s'il ne conviendrait pas de renoncer à leur théorie historique, de renverser résolument l'ordre qu'elle suppose, de faire des actions du *receptum nautarum* des formations primitives (2), des actions du dépôt et du

(1) La démonstration de ces idées a été faite par M. Girard, *Manuel*[6], p. 538, n. 2. L'*a. depositi directa*, qui est infamante, ne figure pas dans l'énumération des actions infamantes de la loi Julia de 709, ligne 111) (Girard, *Textes* [4], p. 87). Elle ne figure pas non plus dans les énumérations d'actions de bonne foi de Q. Mucius Scaevola et de Cicéron.

(2) Un indice d'ancienneté du *receptum nautarum* a été relevé justement, semble-t-il, par Goldschmidt (*Z. f. Handelsr.*, III, p. 61, n. 1), dans les termes mêmes par lesquels commence l'édit : *Nautae, caupones, stabularii*, etc. Il est assez significatif que le préteur parle du *nauta* et non de l'*exercitor navis*, de celui *qui navem exercet*. Cette terminologie atteste un état de droit et une économie commerciale relative-

louage, les créations d'un droit plus moderne et plus raffiné (1). Nous serions d'autant plus tenté d'admettre cette hypothèse qu'indépendamment des raisons générales invoquées plus haut (antériorité habituelle des *a. in factum* à l'égard des *a. in jus*, des interventions prétoriennes spéciales à l'égard des interventions civiles générales) certaines considérations tirées de l'édit lui-même permettent de l'appuyer. Cet édit présente, en effet, des caractères très nets de matérialisme et par conséquent d'ar-

ment archaïques dans lesquels le capitaine de navire ne se distinguait pas de l'armateur. Pomponius, cité par Ulpien (*Dig.*, 4, 9, 1), fait, à la vérité, la distinction. Mais elle ne se trouve pas dans l'édit et résulte simplement d'un effort jurisprudentiel d'adapter celui-ci à des circonstances économiques nouvelles. — En un sens différent, Karlowa, *R. R. G.*, II, I, p. 1320.

(1) Nous croyons donc les édits sur les *recepta* antérieurs : 1° à Labéon ; 2° aux actions *in jus* de dépôt, de mandat, de louage. Est-il possible, selon la méthode employée par M. P.-F. Girard à propos de la loi Aebutia, d'établir une limitation inverse, de fixer dans le passé une date au delà de laquelle la création de nos édits ne puisse remonter ? Nous ne le croyons pas. On pourrait songer à la date de la loi Aebutia (qui se place entre 605 et 628, selon la doctrine que nous croyons la meilleure ; v. Girard, *Z. S. St.*, 4 (1894), R. A., p. 11-54, et 29 (1908), R. A., p. 113-169), en vertu du principe qui veut que les *a. in factum* n'aient pas existé au temps des Actions de la loi (v. s. ce principe, qui se dédit de Gaius, 4, 11, Girard *Manuel*[6], p. 533, n. 1). — Mais cet indice de datation ne vaut : 1° ni très certainement pour le *receptum arbitrii*, lequel est sanctionné, non par une *a. in factum*, mais par des moyens de contrainte administratifs (*multae*) ; 2° ni même probablement pour les deux autres *recepta*, quoiqu'ils soient sanctionnés par des *a. in factum*, étant donné que, dans les procès où figuraient des pérégrins (auxquels appartenaient le plus souvent les *nautae*, les *caupones*, les *argentarii*), des formations analogues à celles de la procédure formulaire se sont peut-être manifestées dès avant la loi Aebutia (s. le système de Huschke, qui admet cette possibilité, et sur les objections qu'il encourt, v. Girard, *Organ. jud.*, p. 216, n. 2, et les références).

chaïsme. Il dispose d'une manière absolue et brutale, ne tenant nul compte des hypothèses dans lesquelles le *nauta* ou le *caupo* sont évidemment excusables de ne point restituer les choses qu'ils ont reçues. Ainsi les cas de l'incendie, du naufrage, de l'avarie commune, ne sont point prévus dans la réglementation de l'édit. Leur prise en considération sera l'œuvre de Labéon, qui atténuera, par des exceptions de dol, la rigueur des prescriptions prétoriennes. De même les déclarations de non-responsabilité sont ignorées de notre édit (1). Et surtout celui-ci néglige le cas, pourtant très fréquent en pratique, dans lequel la perte des objets et des marchandises résulte d'une faute plus ou moins lourde de celui qui les a confiées.

C'est pourquoi nous inclinons à croire que l'action du *receptum nautarum* est historiquement antérieure aux actions engendrées par le dépôt et les variétés du louage. Si le préteur est intervenu, ce n'est pas, à notre sens, pour renforcer la responsabilité civile,

(1) Certaines déclarations, ou plutôt conventions de non-responsabilité, sont bien prévues par Ulpien au *Dig.*, 4, 9, 7 pr. Mais elles se rapportent non au *receptum nautarum*, à proprement parler, mais au *damnum* commis par les préposés du *nauta*. La question est de savoir si elles étaient applicables à la matière du *receptum*. Rien ne prouve qu'il en ait été ainsi. Dans la matière du *damnum*, l'action est pénale, au double, et l'on conçoit qu'elle puisse faire l'objet de conventions contraires (cf. *Dig.*, 2, 14, 17, 1). L'a. du *receptum nautarum*, au contraire, est réipersécutoire. Or, les actions procédant de l'idée d'enrichissement sans cause (et telles étaient, semble-t-il, les *a. reipersecutoriae*) ne pouvaient peut-être pas être neutralisées par voie de convention contraire et préalable. V. en effet Julien au *Dig.*, 19, 1, 11, 18.

mais parce que cette dernière n'était pas encore établie. Et cette hypothèse ne doit pas être nécessairement restreinte au *receptum nautarum*, *cauponum*, mais peut être étendue aux autres *recepta*, surtout à celui des arbitres. Ceux-ci soulèvent en effet un problème analogue à celui qu'Ulpien examine pour le *receptum nautarum* : celui de leur utilité en présence de certaines institutions civiles. L'action du *receptum arbitrii* ne fait-elle pas double emploi avec l'*actio mandati directa* ? Cette dernière ou celle du dépôt n'aurait-elle pu procurer le résultat d'ordre juridique et économique que le préteur a cherché à atteindre par l'*actio recepticia* né du *receptum argentarii* ?

Or ici, comme pour le *receptum nautarum*, nous croyons fort que le préteur a créé des actions *in factum* parce que les actions *in jus* n'existaient pas encore en la matière. Bien plus, nous estimons que l'on peut donner plus d'ampleur à cette hypothèse et voir, dans les actions résultant des divers *recepta*, de véritables actions *in factum*, soit de dépôt, soit de mandat, soit de louage, données par le préteur à une époque où le droit civil ignorait ces diverses opérations. Ce n'est à la vérité qu'une question de mots. Mais elle est d'importance : il convient de l'élucider.

Il suffit pour cela de dire ou de rappeler que les faits prévus par les édits *de receptis* font partie d'un ensemble beaucoup plus vaste : celui des faits d'où naissent à l'époque classique les diverses actions

civiles du dépôt, du mandat, de la *locatio conductio*. Le préteur a donc choisi certains d'entre eux pour en faire l'objet d'actions *in factum* alors que la sanction générale du droit civil n'était pas encore organisée. Dès lors, les trois *recepta* peuvent être considérés comme des dépôts, des mandats, des louages : 1° de nature spéciale ; 2° d'origine honoraire, ayant précédé les contrats d'une portée générale établis par le droit civil.

Ainsi les lois d'évolution du droit romain, que nous rappelions plus haut, trouveraient dans les *recepta*, non des dérogations à leurs principes, mais de strictes applications de ceux-ci. Ici, comme ailleurs, (comme on fait de fiducie ou de gage) les actions *in factum* auraient précédé les actions *in jus*. Ici, comme ailleurs (comme on fait d'injure, de délit aquilien, ou de garantie dans la vente), les interventions spéciales et réalistes, non exemptes d'incohérence se seraient manifestées avant les constructions juridiques d'ensemble, fortement systématisées.

III

Reste à savoir pourquoi le préteur a choisi précisément les trois hypothèses représentées par les trois *recepta* et pourquoi, dans la construction de

chacune d'elles, il a exigé plus qu'une simple promesse : une prestation effective, un commencement d'exécution. Ces questions se résolvent tout naturellement par la mise en jeu de principes analogues à ceux que nous avons utilisés pour la fixation approximative de la date de nos édits.

Pour la première question tout d'abord, on doit faire valoir que le choix fait par le préteur des trois modes de *recepta* (ou tout au moins de deux d'entre eux) s'explique aisément par le caractère professionnel de beaucoup de dispositions de l'Edit. Le droit honoraire, ainsi que l'a dit Lenel (1), était seul à revêtir parfois un pareil caractère. Le droit civil n'établissait jamais de règles spéciales à une ou plusieurs professions déterminées. Mais ce caractère professionnel de certaines prescriptions de l'Edit se lie à une autre particularité des interventions prétoriennes : à savoir qu'elles ne souffraient aucune limitation du fait de la cité romaine, mais qu'elles s'appliquaient à tous, citoyens comme pérégrins. Et nous touchons ici vraisemblablement à la raison la plus profonde des interventions édictales en matière de *receptum*. Si le préteur est intervenu, c'est parce que les *caupones*, *nautae*, *stabularii* aussi bien que les *argentarii* jouissaient rarement de la cité romaine, et qu'on ne pouvait user avec eux des garanties

(1) Lenel, *Edictum*[2], p. 130. A l'objection de Rossello selon laquelle les dispositions de droit civil spéciales aux militaires auraient eu un caractère professionnel, Lenel répond, à juste titre, que le service militaire à Rome n'était point une profession.

normales offertes par le droit civil (1). Si nous admettons en effet, selon la supposition déjà faite, que les actions du *receptum* sont antérieures aux actions de bonne foi du dépôt, du mandat, du louage, on se représente, le plus aisément du monde, quelles lacunes du droit civil nos édits sont venus combler. Ceux qui traitaient avec des *nautae, caupones, argentarii*, d'origine pérégrine, ne pouvaient, pour obtenir les garanties qui leur paraissaient désirables, recourir au contrat *litteris* ou à la stipulation. Le premier resta toujours fermé aux pérégrins dans une mesure plus ou moins large (2). La deuxième eut longtemps un caractère religieux et par conséquent

(1) C'est la raison indiquée par Lenel, *Z. S. St.*, 2 (1881), R. A., p. 62-71.

(2) La restriction du contrat littéral aux rapports entre citoyens résulte suffisamment de Gaius, IV, 128-135. — Les *arcaria nomina* (lesquels, à la verité, ne sont pas le contrat littéral lui-même ; cf. Girard, *Manuel*[6], p. 507) obligent bien, en un sens, les pérégrins, mais cela parce qu'ils constatent un versement de deniers, et non point par leur vertu propre (Gaius, IV, 132 : *Unde non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur*). — Quant aux *transscripticia nomina*, ils n'obligent pas, en principe, les pérégrins. Et le proculien Nerva applique ce principe dans toute sa rigueur. Sabinus et Cassius, au contraire, admettent que les *nomina transscr. a re in personam* sont susceptibles de les obliger. Mais pour les *transscr. n. a persona in personam*, ils adoptent la même attitude négative que l'école proculienne. Tout ceci résulte de Gaius, IV, 133 : *Transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio : quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari ; si vero a persona in personam non obligari.* On remarquera, en passant, que ce texte mentionne un analogisme proculien et un anomalisme sabinien.

exclusif. D'ailleurs les formalités qui accompagnaient l'un et l'autre en rendaient l'emploi difficile, tout au moins dans les relations commerciales de chaque jour. Au contraire, le *receptum*, très largement ouvert à tous, réalisé très simplement par la remise d'une chose, satisfaisait toutes les exigences que la vie économique pouvait susciter.

Telles sont les considérations qui nous semblent pouvoir expliquer les interventions prétoriennes en matière de *receptum*. Il faut concéder toutefois qu'elles s'appliquent assez mal à l'une de ses formes, au *receptum arbitrii*. On doit faire intervenir pour celui-ci une explication différente que l'on peut déduire ici encore du caractère étroit du contrat verbal primitif (1).

La deuxième des questions que nous avons plus haut distinguées se pose à peu près dans les termes suivants : d'où vient que le préteur voulant imposer certaines obligations au *nauta*, à l'*argentarius*, à l'arbitre, n'a point fait de la simple promesse (de juger un procès, de garder un objet ou de payer une certaine somme) l'opération constitutive du droit qu'il désirait sanctionner ? Pourquoi a-t-il subordonné son intervention à l'existence d'une ou de plusieurs prestations effectives ? Pourquoi, en un mot, a-t-il fait des divers *recepta* non point de véritables pactes, mais bien plutôt des opérations réelles,

(1) On peut tirer, semble-t-il, cette explication de ce fait que le contrat verbal ne pouvait, dans les origines, avoir pour objet un *incertum* (cf. Girard, *Manuel* [6], p. 499).

comme nous avons tâché de le démontrer ? Cette deuxième question peut se résoudre, avons-nous dit, par l'application de principes voisins de ceux qui nous ont servi à trancher la première ; principes analogues et toutefois d'une portée plus ample. Ils tiennent tout d'abord à des raisons de technique historique, deuxièmement à la nature générale des interventions du préteur, enfin à la qualité des personnes auxquelles les édits sur le *receptum* devaient principalement s'appliquer.

Les raisons de technique historique procèdent de l'idée de matérialisme (1) dont le droit romain, croyons-nous, n'arriva jamais à vraiment s'affranchir. Elle dut peser d'autant plus lourdement sur les dispositions édictales en matière de *receptum*, que celles-ci remontent vraisemblablement à une époque assez ancienne. Seraient-elles plus jeunes d'ailleurs que nous ne l'avons conjecturé, que cela ne diminuerait en rien l'importance probable du principe matérialiste sur le cours de leur formation. Nous pensons, en effet, qu'on ne saurait faire une part trop large au principe dont il s'agit dans l'histoire des institutions romaines. La règle « *ex nudo pacto actio non nascitur* » n'y a jamais subi de dérogations essentielles. La volonté humaine, à Rome, n'a jamais été tenue de façon véritable, pour génératrice d'obligations (2).

(1) S. l'idée de matérialisme juridique, v. les développements connus de Ihering, *Esprit du Droit romain*, et l'art. de M. Huvelin in D. S., v° *Obligatio*.

(2) Les deux dérogations les plus apparentes à la règle *Ex nudo*

Dans l'édit prétorien surtout, nous doutons fort que l'on puisse trouver une seule opération de droit, qui, à l'examiner de près, paraisse être exclusivement un pacte. Le constitut suppose une obligation préexistante ; il la modifie, mais serait à lui seul incapable de la créer. Quant au serment, il tire évidemment sa force de certaines idées religieuses. Le *receptum* est, comme on l'a vu, un véritable contrat réel.

Mais ce n'est pas seulement pour des raisons de technique historique que le droit prétorien en matière de *receptum* n'a point sanctionné une simple promesse, qu'il a pris en considération avant tout des faits, des prestations effectives, un commencement plus ou moins net d'exécution. S'il s'est comporté ainsi, c'est également par l'effet de sa nature même, parce que le droit du préteur, envisagé surtout dans ses dispositions originales et créatrices, fut essentiellement, à Rome, une sorte de droit pénal. La délivrance d'actions *in factum* présentait, en tout cas, très nettement ce caractère (1). Les interven-

pacto l'entament moins, dans le fond des choses, qu'on ne serait d'abord tenté de le croire. 1° Pour l'exception relative aux *pactes*, adjoints, prétoriens, légitimes, v. ce que nous disons au texte. 2° Pour l'exception résultant de la théorie des contrats consensuels, on peut invoquer les considérations que voici : *a*) historiquement, il se peut fort bien que, ainsi que l'admettent Pernice et M. Huvelin, ces contrats ne soient que des contrats réels transformés ; *b*) juridiquement, les actions de ces contrats sanctionnent beaucoup moins des conventions particulières qu'ils ne punissent des manquements à la *bona fides* ou la méconnaissance d'un principe supérieur d'enrichissement sans cause. V., p. ex., Julien au *Dig.*, 19, 1, 11, 18.

(1) V. Girard, *Manuel* [6], p. 439-440.

tions où elle trouvait place avaient une physionomie délictuelle très prononcée. Or, il est de l'essence du droit pénal de négliger la volonté abstraite, de se préoccuper exclusivement des manifestations externes de la volonté. C'est pourquoi notre droit criminel qui réprime la tentative à l'égard de l'infraction même laisse impunie la résolution criminelle, fût-elle très évidente et même hautement avouée. A Rome, il en était de même : il n'y avait pas de délit sans un fait punissable. Le seul *animus* ne pouvait servir de base à aucune pénalité (1). Mais remarquons-le bien, pour prévenir toute objection, le droit honoraire romain, comme le droit criminel moderne, prenait en considération des actes de toute espèce, des faits négatifs comme des faits positifs, des délits d'omission aussi bien que de commission. Il envisageait donc, pour les réprimer, des faits de toute nature. Mais il n'envisageait que des faits. Les simples volitions lui demeuraient indifférentes, lors même qu'elles se combinaient entre elles pour former des conventions relatives à des objets juridiques.

Les notions qu'on a fait valoir jusqu'ici — caractère matérialiste plus ou moins accusé des formations du droit romain, à toutes les étapes de son développement ; nature pénale de la plupart des dispositions contenues dans l'édit du préteur —

(1) Cf. Th. Mommsen, *Droit pénal romain*, Trad. Duquesne, tome I (1907), p. 110-120.

suffiraient à expliquer que l'édit ait sanctionné en fait de *receptum* de véritables opérations réelles et nullement des accords sans forme, résultant simplement d'un échange de volontés. Et pourtant, pour rendre pleinement compte de l'élément réaliste contenu dans le *receptum*, pour lui restituer sa pleine signification et même son pittoresque historiques; il convient de faire intervenir un troisième ordre de considérations. Il faut avant tout se rappeler que les sujets de droit en matière de *receptum* étaient rarement doués de la cité romaine, que l'un d'entre eux, tout au moins, celui-là même qui devait s'obliger (*nauta, caupo, argentarius*), en était généralement dépourvu. Ces conditions étaient de nature à limiter singulièrement le nombre des modes d'intervention auxquelles le préteur pouvait recourir en l'espèce. Il ne pouvait user de l'un de ses moyens favoris, celui de la stipulation prétorienne (1) : peut-être, d'abord, parce qu'à l'époque sans doute ancienne où le *receptum* fut créé, l'emploi de la stipulation impliquait, chez les parties, l'existence de la cité romaine ; puis, très certainement, parce qu'il y avait contradiction entre le formalisme du contrat verbal et les exigences du droit du commerce, celui-ci ne pouvant s'accommoder d'une opération solennelle impliquant de manière impérieuse la présence des intéressés (2).

(1) Les stipulations prétoriennes furent créées, pour la plupart, vers la fin de la République (v. le Cours de Pandectes sur les Stipulations prétoriennes professé à Paris par M. Jobbé-Duval).

(2) Le droit grec qui, beaucoup plus que le droit romain, affecte la

Le contrat *litteris* se trouvait exclu par l'effet de raisons analogues : nous savons par Gaius, III, 137, que ce contrat était inaccessible aux pérégrins. Les registres que tenaient ces derniers pouvaient servir à constater des obligations préexistantes (*nomina arcaria*). Ils étaient inaptes à en créer de nouvelles (*nomina transscripticia*), en dépit de certains palliatifs dus à la doctrine classique, mais qui ne sauraient intéresser la matière du *receptum*.

Par contre, le mécanisme du contrat réel s'adaptait parfaitement au résultat que le préteur voulait obtenir : ici, plus de difficultés engendrées par le formalisme ; plus d'obstacle tenant à l'origine pérégrine des parties à l'opération. C'est ce qui résulte, à notre sens, des textes de Gaius relatifs au contrat littéral, et dont l'intérêt, pour l'histoire des contrats romains, nous semble considérable. Le plus essentiel d'entre eux forme le § 132 du commentaire III.

> Unde non propric dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur ; quod genus obligationis juris gentium est.

On le voit : si les *arcaria nomina* obligent les pérégrins, ce n'est point, nous dit Gaius, par suite de leur vertu propre, mais indirectement, par l'effet

forme d'un droit du commerce, ne connaît guère que des contrats consensuels. Quelques vestiges de contrats réels apparaissent toutefois dans certains monuments épigraphiques, publiés par MM. Haussoullier, Reinach et Dareste, et mentionnés in D. S., v° *Obligatio*.

du versement d'espèces qui se trouve par eux constaté. Car, ajoute-t-il, la numération de deniers est une source d'obligations, en droit des gens comme en droit civil.

On conçoit aisément l'intérêt de ce texte pour l'interprétation des dispositions prétoriennes relatives au *receptum*. L'obligation *re*, nous dit Gaius, est du domaine du droit des gens. Et l'on peut sans se hasarder déduire de cette affirmation que l'engagement à *substratum* réel était le mode normal de s'obliger des pérégrins qui commerçaient à Rome. Aussi bien, l'usage de la stipulation leur fut-il longtemps interdit. Celui du contrat *litteris* le leur resta plus longtemps encore : au IIe siècle de notre ère on n'admet pas que la pratique des *transscriptiones* soit, dans sa plénitude, utilisable par les pérégrins. Le raisonnement vient donc confirmer l'information des Institutes de Gaius. L'un et l'autre nous laissent penser que les engagements des pérégrins n'étaient sanctionnés à Rome, au moins à une époque ancienne, que s'ils avaient un fondement réel (1) : numération

(1) L'importance de l'idée de *res* dans les rapports juridiques internationaux, privés ou publics, des Romains apparaît, non seulement dans le passage de Gaius sur le contrat *litteris* que nous examinons au texte, mais encore : 1° dans la théorie des *repetundae* selon laquelle la concussion résulte du simple fait que le magistrat a reçu des présents de ses administrés, et l'infraction est réprimée par une action en répétition (cf. Girard, *Org. jud.*, p. 215, n. 3) ; 3° dans la théorie voisine de la *condictio*, laquelle est fondée, d'une part, sur l'idée d'enrichissement injuste, donc de *res* (v. Girard, *Manuel* 6, p. 625), qui, d'autre part, a ses origines historiques les plus probables dans le droit international public romain, dans le droit fécial (hypothèse

de deniers ou prestation quelconque préalable. Et l'on conçoit dès lors que le préteur, voulant imposer certaines obligations aux *naulae*, *caupones*, *stabularii*, *argentarii* — de nationalité fréquemment pérégrine, — ait subordonné leur naissance à l'existence d'un élément réel (1).

IV

Le texte de Gaius, qui suggère ces réflexions, possède, à notre sens, une portée plus grande encore. Il permet de reconstituer schématiquement une phase de l'évolution historique qui n'est point après tout si ancienne (puisqu'elle est simplement

émise par Pernice, *Labeo* III, 1, p. 212 s., et, croyons-nous, tout à fait vraisemblable) et qui enfin joua aussi un grand rôle, selon toutes les apparences, dans le développement des procès où figuraient des pérégrins, en fait de citation notamment (hypothèse émise par Eisele; cf. Girard, *Org. jud.*, p. 103, n. 1) : 3° dans ce fait que les procès où figurent des étrangers sont soumis à des *recuperatores* (Girard, *Org. jud.*, p. 83). Sur les rapports de l'idée de *recuperatio* et de celle de *res*, v. le t. connu de Festus, v° *reciperatio* : *Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.*

(1) Le principe selon lequel les contrats réels sont de droit des gens doit être admis sous une réserve qui tient au mécanisme propre à l'un de ces contrats : la fiducie se trouve être inaccessible aux pérégrins parce qu'elle ne peut se greffer que sur une *mancipatio* ou sur une *in jure cessio*. Cf. Girard, *Manuel* [6], p. 473, n. 2.

antérieure à la naissance des contrats consensuels et à la laïcisation du contrat verbal), dans laquelle l'obligation romaine affectait exclusivement deux modes : celui de l'obligation *formaliste* (réservée aux seuls citoyens), celui de l'obligation *réelle* (accessible à tous, citoyens comme pérégrins) (1) : d'une part le contrat formel *verbis* ou *litteris ;* de l'autre le contrat *re*. Et les termes de cette opposition sont à peu près corrélatifs des termes d'oppositions différentes : non seulement celle des citoyens et des pérégrins, du droit interne et du droit international, — mais encore celle du droit civil et du droit commercial (2), laquelle se confond originairement avec l'opposition précédente, — mais encore celle du droit civil et du droit pénal (3), — et enfin, selon toutes les vraisemblances, celle du droit laïque et

(1) Sur la domination exclusive des principes formaliste et matérialiste, avant l'apparition des contrats consensuels, et sur les traces de matérialisme que présentent même ces derniers contrats, v. les développements de M. Huvelin in D. S., v° *Obligatio*.

(2) S. la confusion primitive du droit de commerce et du droit international privé, v. Huvelin, *Hist. du droit commercial* (tirage à part des art. de la *R. de Synthèse hist.*), p. 1 sqq.

(3) Les concepts de droit commercial, de droit international privé et de droit pénal s'interpénètrent, dans les origines, en ce sens que c'est l'idée de paix des marchés, des foires, et plus généralement du commerce et la nécessité d'assurer sa réalisation dans les faits qui provoquent l'élaboration de règles juridiques concernant le commerce et la condition des étrangers admis à venir trafiquer. Ce principe est sociologiquement d'application tout à fait constante (v. le chap. s. la paix des marchés et des foires, p. 338-359, de l'ouvrage de M. Huvelin sur le *Droit des Marchés*). Mais, à Rome spécialement, il possède des applications concrètes soit dans les dispositions édiliciennes sur les ventes d'esclaves, soit dans les dispositions prétoriennes en matière

du droit religieux. Nous pensons, en effet, que les contrats formels *verbis* et *litteris* avaient dans le principe une signification religieuse. Pour la stipulation, la chose ne se conteste plus guère. Pour le contrat *litteris*, elle est d'affirmation moins courante, mais nous semble tout aussi probable depuis certains travaux récents sur l'histoire de ce contrat (1).

La notion de cité romaine, avec les représentations matérielles juridiques, ou religieuses, qui s'y trouvent associées, constitue, en définitive, le critère commun à toutes ces distinctions, diverses et pourtant si voisines. Elle établit une démarcation entre deux droits, celui des citoyens et celui des non citoyens : droits de techniques et de portées différentes, mais aussi de destinées singulièrement opposées. Tandis que les formations du *jus civile*, étroites et formalistes, ont disparu sans laisser de trace dans nos droits actuels, celles du *jus gentium* se sont perpétuées jusqu'à nous, et l'on peut dire d'elles qu'elles vivent encore. Ainsi, en matière de vente : la forme d'aliénation qui devait prévaloir dans l'histoire n'était point la vente nationale romaine s'effec-

de *receptum*. Le caractère répressif des unes et des autres est formellement indiqué par certains textes du Digeste (*Receptum : Dig.*, 4, 9, 3, 1 : *...reprimendae improbitatis hoc genus hominum.* — Ventes édiliciennes : *Dig.*, 21, 1, 1, 2 : *causa hujus edicti proponendi est ut occurratur fallaciis vendentium*). Il s'agit donc de dispositions à la fois pénales, commerciales et de droit international.

1. Le caractère religieux des divers *codices* qui servaient à la formation du contrat *litteris* a été soutenu par M. Huvelin dans son art. *Obligatio*, au D. S., et surtout dans sa monographie sur *Les tablettes magiques et le droit romain*.

tuant par mancipation, mais la vente plus hétérogène et plus souple, ouverte même aux pérégrins, créée de pièces et de morceaux, d'une part par les intéressés eux-mêmes, d'autre part par les édiles et par les praticiens (1).

Que les dispositions prétoriennes sur les *recepta* aient appartenu à cette fraction du droit romain qui n'était pas strictement nationale, mais qui était ouverte à tous, pérégrins comme citoyens, c'est ce qui nous paraît suffisamment ressortir de ces dispositions, de leur physionomie concrète, de la qualité des personnes qu'elles étaient appelées à régir. C'est aussi le fait essentiel qui donne la solution des problèmes divers que nous avons envisagés au cours de ce chapitre : comment, pourquoi et à quelle époque le préteur est intervenu ? Les notions corrélatives et combinées de contrat réel et de droit des gens fournissent, semble-t-il, la clef de ces interventions édictales.

(1) Ces caractères du contrat consensuel de vente apparaissent surtout nettement dans la formule *vacuam possessionem tradere* où se résument, on le sait, les obligations du vendeur. Cette formule, dit M. Girard (*Manuel*[6], p. 560), a prévalu sur d'autres formules moins heureuses afin de rendre la vente d'une application plus large et d'un maniement plus commode, afin de la rendre accessible à tous, même aux pérégrins.

CONCLUSION

La *rés (in se, in navem, in mensam), recepta*, le fait d'avoir reçu une chose (marchandises — *arbitrium* — somme d'argent — une certaine quantité de blé — un objet non fongible), tel est donc, à notre sens, l'élément générateur du droit en matière de *receptum* et par suite le trait commum à ses trois modalités prétoriennes. Nous reconnaissons volontiers que ce n'est là qu'une hypothèse, du moins en ce qui touche le *receptum argentarii :* mais la pénurie des sources s'oppose sur ce dernier point à ce qu'on parvienne à la certitude. On reconnaîtra cependant que cette supposition a le mérite de faire des trois *recepta* prétoriens les diverses applications d'une théorie unique et cohérente.

Si cette hypothèse est exacte, l'idée qui lui sert de support apparaît comme une application d'une vérité d'un ordre plus large : à savoir que beaucoup d'institutions romaines, civiles ou honoraires, tirent

leur unité d'une représentation concrète qui se retrouve identique dans les variétés de l'institution. Qu'est-ce qui donne de la cohérence à la théorie de la *locatio conductio* si ce n'est le fait matériel de *locare conducere* qui se répète dans toutes les modalités du louage ? Qu'est-ce qui légitime la réunion dans un même titre de l'Edit d'opérations aussi diverses que l'*editio actionis* et la production des livres des *argentarii*, si ce n'est que l'acte matériel d'*edere* est à la base des deux opérations ?

Une représentation d'ordre matériel : tel est le fondement sur lequel se sont édifiées beaucoup de théories juridiques. Ce n'est qu'à la longue et péniblement que la notion abstraite s'est dégagée. Dans le droit comme ailleurs l'évolution s'est effectuée dans le sens de l'idéalisme. Elle a organisé des procédures avant de formuler clairement les obligations qu'elles sanctionnaient. Elle a créé l'action *in factum* avant l'action *in jus*, la vente réaliste par mancipation ou par troc avant la vente consensuelle. Elle est partie du fait pour aboutir au droit.

Montpellier, le 18 janvier 1920.
Vu : Le Président de la thèse,
Jules VALERY.

Vu et approuvé :
Montpellier, le 18 janvier 1920.
L'Assesseur faisant fonction de Doyen,
J. VALERY.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 19 janvier 1920.
Le Recteur,
Jules COULET.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS v

BIBLIOGRAPHIE ix

INTRODUCTION 1

CHAPITRE I. — RECIPERE ET RECEPTUM 3

I. *Recipere* dans la langue littéraire 4

II. *Recipere* dans la langue juridique étrangère à l'Edit du préteur 14

CHAPITRE II. — RECEPTUM NAUTARUM ET RECEPTUM ARBITRII 19

I. L'idée de *res* dans le *r. naut.* et le *r. arbitrii* 20

II. L'idée de *custodia* en matière de *receptum* 30

CHAPITRE III. — RECEPTUM ARGENTARIORUM 45

I. Les textes et leurs informations 46

II. Aperçu des constructions doctrinales 52

III. L'idée de *res* dans le *receptum argentarii* 64

Pages

IV. L'idée de *res* dans les textes de la matière..... 75

V. Objections à l'hypothèse d'un *rec. arg.* contrat réel..... 83

VI. Les destinées du *receptum*, en Occident, au au moyen âge..... 88

CHAPITRE IV. — Res recepta..... 98

I. De la notion de *res* en matière de *receptum* 98

II. De la date et des motifs des interventions prétoriennes en matière de *receptum*..... 102

III. Raisons d'être de l'élément réel dans les divers *recepta*..... 112

IV. Réalisme et formalisme dans l'histoire du droit romain..... 122

Conclusion..... 127